

Midlertidig ansettelse - sammenligning mellom reglene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 618
Leveringsfrist: 25 november 2010
Til sammen 17 164 ord

25.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstillinger	2
1.3	Begrepsavklaringer	3
1.3.1	”Arbeidstaker”	3
1.3.2	”Tjenestemann”	4
1.4	Avgrensninger	4
1.5	Metoden og rettskildene	5
1.6	Oppgavens oppbygning	6
<u>2</u>	<u>DE ULIKE HENSYNENE BAK REGLENE I ARBEIDSMILJØLOVEN OG TJENESTEMANNSLOVEN</u>	<u>7</u>
2.1	Hensyn til arbeidsgiver og virksomheten	7
2.2	Hensyn til arbeidstaker og samfunnet	8
<u>3</u>	<u>REGLENES BAKGRUNN</u>	<u>10</u>
3.1	Reglenes utvikling	10
3.1.1	Arbeidsmiljøloven	10
3.1.2	Tjenestemannsloven	12
3.2	EU- Direktivet om midlertidig ansettelse	13
<u>4</u>	<u>LOVENES VIRKEOMRÅDE</u>	<u>16</u>
4.1	Arbeidsmiljøloven	16
4.2	Tjenestemannsloven	17

<u>5</u>	<u>HOVEDREGLLEN</u>	<u>18</u>
<u>6</u>	<u>DEN GENERELLE ADGANGEN TIL MIDLERTIDIG ANSETTELSE</u>	<u>20</u>
6.1	”Arbeidets karakter”	20
6.1.1	Betydningen av begrepet ” arbeidets karakter”	21
6.1.2	Mangel på kvalifisert kompetanse	23
6.1.3	Betydningen av at arbeidet må ”atskille seg fra det som ordinært utføres i bedriften”	25
6.2	”Bestemt tidsrom eller bestemt oppdrag”	27
6.2.1	”Bestemt tidsrom”	28
6.2.2	”Bestemt oppdrag”	29
6.3	”Arbeidet ikke er fast organisert”	31
<u>7</u>	<u>VIKARIATER</u>	<u>33</u>
<u>8</u>	<u>ARBEID I SAMMENHENG MED UTDANNING OG ARBEIDSOPPLÆRING</u>	<u>37</u>
8.1	Praksisarbeid	37
8.1.1	Sykehuset Innlandet saken	38
8.2	Utdanningstilling	41
8.3	Aspirant eller elev ved etatskole	42
8.4	Arbeidsmarkedstiltak	42
<u>9</u>	<u>ÅREMÅL</u>	<u>44</u>
9.1	Arbeidsmiljøloven	44
9.2	Tjenestemannsloven	45
<u>10</u>	<u>VARIGHETEN AV ET LOVLIG MIDLERTIDIG ANSETTELSESFORHOLD.</u>	<u>49</u>
10.1	Fireårsregelen	49
10.1.1	Beregningen av ansettelsestid - Hva skal regnes med i fireårsregelen ?	51

10.2	Tjenestemannsloven	52
10.3	Statfjorldøren	54
10.3.1	Bakgrunnen	54
10.3.2	Behovet for statfjorldøren etter vedtakelsen av fireårsregelen	55
<u>11</u>	<u>VIRKNINGENE AV ULOVLIG MIDLERTIDIG ANSETTELSE</u>	<u>57</u>
11.1	Dom	57
11.2	Erstatning	58
<u>12</u>	<u>OPPSUMERING OG AVSLUTNING</u>	<u>60</u>
<u>13</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>
<u>14</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 INNLEDNING

1.1 Tema

Denne oppgaven omhandler reglene for midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven (aml.) av 17. juni 2005 nr 62 og tjenestemannsloven (tjml.) av 4. mars 1983 nr 3.

Oppgaven vil fokusere på vilkårene for midlertidig ansettelse henholdsvis etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Et viktig spørsmål blir i hvilken grad de ulike lovene åpner for denne adgangen og i hvilke tilfeller denne adgangen eksisterer.

I privat og kommunal sektor reguleres midlertidig ansettelse av arbeidsmiljøloven §§ 14-9 og 14-10. I statlig sektor derimot reguleres midlertidig ansettelse av tjenestemannsloven §§ 3 og 7, samt forskrifter. Det finnes også regler om midlertidig ansettelse i ulike særlover, jf lov om universiteter og høyskoler §§ 30 og 30 a, kommuneloven §24, sjømannsloven og opplæringsloven.

Utgangspunktet i aml og tjml er at arbeidstaker skal ansettes fast.¹ Det vil si for et ubestemt tidsrom. Lovene åpner imidlertid i ulike tilfeller for en adgang til å foreta midlertidige ansettelser. Denne adgangen er undergitt en rekke begrensninger som vi skal se nærmere på. Kjentegnet for midlertidig ansettelser er at ”midlertidige arbeidsavtaler opphører ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet” jf. aml. § 14-9 femte ledd. Midlertidig ansettelse har med andre ord et tidsavgrenset preg.

Det er to sentrale hensyn som står mot hverandre der det er tale om adgangen til midlertidig ansettelse. På den ene siden står arbeidsgivers behov for muligheten til å kunne regulere arbeidstokken etter behov. På den andre siden har man arbeidstakers og samfunnets behov for faste og forutsigbare ansettelsesforhold.² Dette gjør reglene om

¹ Arbeidsmiljøloven § 14-9 og tjenestemannsloven § 3 nr.2

² Benson, Tomas : Arbeidsrettsboka s. 53

midlertidig ansettelse til en interessestrid mellom arbeidsgiver og arbeidstaker behov. Dette illustreres av den politiske uenigheten det opp gjennom de siste årene har vært rundt reglene om midlertidig ansettelse.

Ifølge LO er det om lag 275.000 arbeidstakere som har midlertidige jobber i Norge. LO er bekymret over bruken av midlertidig ansettelse og krever at flere skal ansettes fast. LO's leder Roar Flåthen mener at bruken av midlertidig ansettelse bør strammes inn i offentlig sektor slik som det ble gjort for privat sektor i 2005.³ LO synes tjenestemannsloven gir videre adgang til midlertidig ansettelse enn arbeidsmiljøloven.

Enig med LO's leder er Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, Unio og Akademikerne har gått sammen og krever at Regjeringen strammer inn på de midlertidige stillingene i staten. De krever en lovendring i tjenestemannsloven og universitets og høyskole loven som gjør det mulig for staten og være verstinger på midlertidig ansettelser.⁴

1.2 Problemstillinger

Hovedproblemstillingen i oppgaven er i hvilke situasjoner arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven gir adgang til å etablere et midlertidig fremfor et fast ansettelsesforhold. Jeg vil fortløpende i oppgaven foreta en sammenligning av reglene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven og kommentere forskjeller og ulikheter i regelsettene.

Jeg vil videre i oppgaven foreta en sammenligning av arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven når det gjelder virkningene av at det er foretatt et ulovlig midlertidig ansettelsesforhold/ ulovlig midlertidig tilsettingsforhold.

³ Artikkel i VG datert 17.08.2009

⁴ Artikkel fra www.aftenposten.no, : "Krever lovendring" datert 28.09.2010

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 "Arbeidstaker"

Reglene om midlertidig ansettelse gjelder for arbeidsforhold. Etter arbeidsmiljølovens § 1-8 nr.1 er en arbeidstaker "enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste".

Etter naturlig språklig forståelse er det en person som jobber for en annen.

Arbeidstakerbegrepet er utviklet gjennom rettspraksis og forvaltningspraksis. I utgangspunktet er begrepets kjerne ganske lik på de ulike rettsområdene, men det kan oppstå problemer i forhold til avgrensningen. Slike problemer kan oppstå særlig i forhold til arbeidsforhold som ligner på arbeidstakerforhold, blant annet ved entrepriselignende avtaler. Slik som oppdragstakere, enmannsbedrifter, frilansere osv. Denne skillen kan være vanskelig å trekke i praksis. Hvorvidt det foreligger et arbeidstakerforhold må avgjøres etter en helhetsvurdering.

I Ot.prp.nr 49 (2004-2005) ble det uttalt følgende om arbeidstakerbegrepet i avsn. 6.1.1 s. 73: "Med arbeidstaker mener denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste. Et særtrekk ved arbeidsavtalen er at arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Arbeidstakeren er normalt økonomisk avhengig som lønnsinntaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold til arbeidsgiver. En person skal regnes som arbeidstaker i lovens forstand hvis tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet." Videre oppstilles det også en ikke utømmende liste over forhold man kan vurdere i en slik helhetsvurdering.

Reglene om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven vil kun komme til anvendelse på arbeidstakere, ikke oppdragstakere, freelansere, personell under entrepris med mer.

1.3.2 "Tjenestemann"

Etter tjenestemannsloven § 1 gjelder loven for "arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste." Loven bruker arbeidstaker som samlebegrep for embetsmenn og tjenestemenn. Begrepet "arbeidstaker" er ikke definert i tjenestemannsloven. Det må kunne legges til grunn same forklaring av begrepet som etter arbeidsmiljøloven.

Begrepet "tjenestemann" har lang tradisjon i norsk og fremmed rett. Etter tjenestemannslovens § 1 nr 2 annet ledd er tjenestemann "enhver arbeidstaker i statens tjeneste". Det omfatter i vid forstand enhver som utfører arbeid eller verv i offentlig tjeneste.⁵ Det må fortas en avgrensing her mot selvstendig næringsdrivende, disse gjør ofte arbeid for staten men er ikke tjenestemenn i lovens forstand.⁶ Forskjellen fra arbeidsmiljøloven er at her en det ikke "i en annens tjeneste", men "i statens tjeneste". Etter tjenestemannsloven har man staten som arbeidsgiver og ikke en person.

I strafferettens teori og praksis er det forutsatt at en tjenestemann må utføre arbeid som forfølger formål som er av offentlig karakter eller knytter seg til virksomhet som er gjort til monopol for stat eller kommune.⁷

1.4 Avgrensninger

Som det fremgår av oppgavens tittel, skal denne oppgaven omhandle "adgangen" til midlertidig ansettelse etter tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven. Etter arbeidsmiljøloven gjelder bestemmelsen arbeidstakere og etter tjenestemannsloven om embetsmenn og tjenestemenn.

I forhold til Tjenestemannsloven vil jeg avgrense mot embetsmenn. De kan ikke ansettes midlertidig slik som tjenestemenn, men de kan konstitueres jfr. tjml.§ 3 nr 1.

⁵ Arne Fanebust : Tjenestemannsrett s.3

⁶ Arne Fanebust; Tjenestemannsrett s. 3

⁷ Arne Fanebust :Tjenestemannsrett s. 7

Dette faller utenfor problemstillingen jeg har valgt i denne oppgaven.. De vil derfor ikke bli behandlet

Det finnes andre muligheter til å dekke midlertidig behov for arbeidskraft på som ikke er regulert av arbeidsmiljølovens § 14-9. Som vi ser av bestemmelsen gjelder den der det er tale om er arbeidsavtale. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på midlertidig ansettelse på bakgrunn av andre avtaler, slik som innleie av personell som er ansatt andre steder (vikarbyråer) eller oppdragsavtaler med selvstendig næringsdrivende. Slike arbeidsforhold kan inngås på bakgrunn av tariffavtaler som jeg heller ikke vil drøfte nærmere i denne oppgaven.

1.5 Metoden og rettskildene

Denne redegjørelsen bygger på norsk juridisk metode.⁸ Reglen om midlertidig ansettelse vil bli drøftet og sammenlignet ut fra hvordan vilkårene i lovteksten er behandlet i relevante rettskilder som forskrift, forarbeider og rettspraksis. De skrevne reglene vil på området for midlertidig ansettelse i noen tilfeller suppleres av uskrevne regler og prinsipper slik som statfjordlæren.

I arbeidsretten og tjenestemannsretten som på alle andre rettsområder er den viktigste rettskilden formell lov. Så ordlyd er med andre ord viktig for behandling av vilkårene. I tjenestemannsretten er også tilhørende forskrifter av stor betydning. I denne oppgave er det spesielt forskrift til lov om statens tjenestemenn med mer av 11.november 1983 nr 1608 som er av interesse. Forskriften har betydning for oppgaven fordi den i stor grad berører virkeområdet og adgangen til midlertidig tilsetting, den er på dette punkt et viktig supplement til tjenestemannslovens regler.

Forarbeider er viktig for å forstå reglens bakgrunn og lovgivers begrunnelse for reglene. Arbeiderlovgivning er hele tiden i utvikling og oppe til diskusjon og debatter så det er viktig også å se på tidligere lovers forarbeider. Både forarbeider og historikken hjelper til med å se sammenhengen i regelverket.

⁸ Eckhoff (2001) Rettskildelære

Rettspraksis og uttalelser fra Høyesterett vil bli brukt for og forklare ordlyd eller belyse et poeng. Dommer og rettspraksis er også noe som kan skape grunnlag for en drøftelse.

1.6 Oppgavens oppbygning

I den videre fremstillingen av oppgaven vil jeg først i punkt 2 utdype de to hensynene som jeg nevnte innledningsvis ved å se på hensynet til arbeidstaker først og deretter hensynet til arbeidsgiver og virksomheten. Jeg vil under denne oppdelingen gi en oversikt over de ulike hensynene som ligger til grunn for og i mot adgangen til midlertidig ansettelse. I punkt 3 vil jeg videre se på reglenes bakgrunn og historikk, herunder utviklingen av ordlyden i bestemmelsen.. I punkt 4 vil jeg kort se på anvendelsesområdet til de to lovene før jeg i punkt 5 vil behandle hovedreglen om ansettelse. Hovedfokus i oppgaven vil ligge i punkt 6 og 7 hvor jeg behandler selve adgangen til midlertidig ansettelse. Til slutt vil jeg se på virkningene av ulovlig midlertidig ansettelse og hva dette fører til for helt tilslutt og foreta en de lege ferenda vurdering og konklusjon. Jeg vil nesten uten unntak foreta en behandling av reglene i arbeidsmiljøloven først på de ulike temaene for deretter å ta for meg tjenestemannslovens tilsvarende regler der det finnes.

2 De ulike hensynene bak reglene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven

I innledningen ble det nevnt at det er to hensyn som står mot hverandre når de kommer til reglene om midlertidig ansettelse. Hensynene kan dele seg opp i to hovedkategorier: på den ene siden har vi hensynet til arbeidstaker og på den andre siden hensynet til arbeidsgiver og virksomheten. Disse hensynene som oppstilles i det følgende vil på en del punkter skli naturlig gå inn i hverandre, men jeg vil skille de på best mulig måte.

2.1 Hensyn til arbeidsgiver og virksomheten

Arbeidsgivers behov for omstilling og fleksibilitet angående arbeidsstyrken taler for at en bør ha en vid adgang til midlertidig ansettelse.⁹ Virksomhetene vil ha til tider varierende behov for arbeidskraft for kortere eller lengre tid og bør derfor ha adgang til å ansette lovlig i slike perioder.

Et annet hensyn for arbeidsgiver siden å drive en lønnsom og konkurransedyktig bedrift. Lønn utgjør en stor del av virksomhetens utgifter, å jo flere faste ansatte man har i virksomheten jo større faste utgifter har man. Faste ansatte er derfor kostbart for en bedrift. I følge departementet i Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 208 er det viktig at virksomhetene gis en mulighet til å tilpasse arbeidstokken etter varierende arbeidsmengde og etterspørsel. Man gis med andre ord en mulighet til å ansette folk midlertidig som ekstrahjelp i butikken til juletider og som jordbærplukker om sommeren.

Et tredje hensyn som også departementet tar opp gjør seg gjeldende ved oppstart av ny virksomhet. Å ha en adgang til midlertidig ansettelse vil gjøre det lettere for bedrifter i

⁹⁹Benson, Tomas: Arbeidsrettsboka s. 53

oppstartsfasen. Man vil ofte i oppstartsfasen av en bedrift kvie seg for å ansette en hel haug med faste ansatte. Dette er jo naturlig da man ikke vet med sikkerhet om virksomheten kommer til å klare seg. Å ha muligheten til å ansette midlertidig i slike tilfeller vil gjøre det lettere for gründere i hele landet å starte nye gründerbedrifter og dermed skape nye arbeidsplasser.¹⁰ Det dreier seg ikke bare om de tilfeller der det er tale om nye virksomheter men også der det er tale om omorganisering av virksomhet. Dette hensynet kommer til i uttrykk i tjml. § 3 nr 2 bokstav b der det gis en adgang til midlertidig ansettelse der ”arbeidet ikke er fast organisert og det er usikkert hvilke tjenestemenn som trengs.” Denne bestemmelsen vil jeg komme tilbake til i punkt 6.3.

2.2 Hensyn til arbeidstaker og samfunnet

På den andre siden finner vi arbeidstakerens og samfunnets behov for stabilitet og forutsigbarhet. Dette vil jeg si er det overliggende hensynet på arbeidstaker siden. Dette henger sammen med hovedregelen i norsk rett om fast ansettelse Departementet sier at ”foruten å gi arbeidstakerne den nødvendige trygghet, sikrer fast ansettelse en saklig og forsvarlig prosess i forbindelse med oppsigelse.”¹¹ Tryggheten ved å være fast ansatt skal ikke undervurderes.

Videre sier departementet i arbeidstakers favør at ”en ikke ubetydelig del av de som er midlertidig ansatt i Norge er unge arbeidstakere på vei inn i arbeidsmarkedet, i den betydning av at de enten er under utdanning eller at de akkurat har fullført en utdanning.”¹² Dette har en sammenheng med at en adgang til midlertidig ansettelse vil det kunne gjøre det lettere for nyutdannede og andre nykommere å komme inn på arbeidsmarkedet. Denne inngangsporten til arbeidsmarkedet understrekes også av norske erfaringer mener departementet etter å ha vist frem undersøkelser fra Aetat. Den som er ansatt i vikariater eller andre midlertidige stillinger vil få mulighet til å vise sine kunnskaper og kvalifikasjoner, dette kan igjen føre til fast ansettelse. Midlertidig

¹⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 209

¹¹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 208

¹² Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 208 under pkt. 16.2.3

ansettelser er i slike tilfeller en stor mulighet for nye arbeidstakere eller de som har vært borte en stund til å komme inn på arbeidsmarkedet.

En for vid adgang til midlertidig ansettelse vil kunne uthule stillingsvernet.¹³ Grunnen til dette er at en midlertidig ansatt ikke har det samme oppsigelsesvernet som en fast ansatt. En midlertidig ansatt må gå ved kontraktens utløp. For mye midlertidige ansettelser vil kunne føre til en gjennomstrøm av arbeidstakere i virksomheten. Dette vil gjøre det vanskelig å holde på nødvendig kompetanse.

En ulempe med midlertidig ansettelse som taler mot trygghet og stabilitet er at en midlertidig ansettelse gjør det vanskelig å få huslån i banken. Følgen av dette gjør det vanskelig å etablere seg med leilighet eller hus. Dette vil kunne slite sterkt psykisk på en arbeidstaker. Det psykologiske aspektet gjøre seg gjeldende på bakgrunn av at man ikke vet hvor langt inn i fremtiden man har arbeid og lønn. Dette gjør det vanskelig å planlegge fremtiden.

¹³ Benson, Tomas :Arbeidsrettsboka s.54

3 Reglenes bakgrunn

3.1 Reglenes utvikling

Reglene om midlertidig ansettelse er stadig i endring. Fra reglene om midlertidig ansettelse først kom i arbeidervernloven av 17. desember 1956 nr 2 § 33, har reglene flere ganger vært gjenstand for endring og debatt. Seneste endring av reglene om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven ble foretatt ved lov av 25. juni 2010, som trådte i kraft 1.juli 2010.

3.1.1 Arbeidsmiljøloven

Regulering av oppsigelse av midlertidig tilsatte ble opprinnelig innført som nevnt i arbeidervernloven § 33. Denne reguleringen bestod da i kun en lovbestemt oppsigelsesfrist på en dag for et ”bestemt arbeid av forbigående art”.¹⁴ Loven regulerte ikke da i hvilken utstrekning bruk av midlertidig ansettelse var lovlig.

Bestemmelsen ble videreført i arbeidsmiljøloven av 1977. Her ble reglene om midlertidig ansettelse regulert av lovens § 58 nr 7. Ordlyden i denne bestemmelsen er mer lik regelen slik vi kjenner den i dag: ”Vilkår om at tilsetning bare skal gjelde for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art, kan bare rettsgyldig avtales når arbeidets karakter tilsier det.” Ved denne endringen ble det som vi ser både tatt inn ”bestemt tidsrom” og ”arbeidets karakter”, disse vilkårene har vi også i dag. Formålet med denne lovendringen i 1977 var å styrke oppsigelsesvernet.

Ved lovrevisjonen av 6. januar 1995 nr 2 ble adgangen til midlertidig ansettelse utskilt i en egen paragraf, § 58 A. Grunnen til denne omplasseringen var å gjøre den lettere tilgjengelig og for å klargjøre vilkårene.¹⁵ I den forbindelse ble det også tatt inn en innstramning, ved tilføyelsen ”og arbeidet adskiller seg fra det som ordinært utføres i

¹⁴ Jf. Arbeidervernloven av 7. desember 1956 § 33

¹⁵ Fougner, Jan og Holo,Lars :Arbeidsmiljøloven kommentarutgave s.647

bedriften”. Jeg vil senere komme tilbake til hva slags betydning dette fikk for adgangen til å ansette midlertidig.

Bestemmelsen i § 58 A inneholdt både regler om adgangen til midlertidig ansettelse og de prosessuelle reglene som kommer til anvendelse i tilfelle tvist hos partene. Disse prosessuelle reglene har ikke fått plass i den nye bestemmelsen § 14-9, men har blitt flyttet til et eget kapittel, kap. 17 i loven. Jeg vil ikke behandle disse prosessuelle reglene i oppgaven. Bestemmelsen i § 58 A ble anvendt både i den private og den kommunale sektor, mens tjenestemannsloven fikk anvendelse for midlertidig ansettelse i statlige virksomheter.

I forbindelse med vedtakelsen av arbeidsmiljøloven 17. juni 2005, vist departementet til at den nye § 14-9 ”innebærer en betydelig utvidelse av adgangen til midlertidig ansettelse”.¹⁶ Bestemmelsen åpnet for midlertidig ansettelse for en tidsbestemt periode men ikke et krav om vilkåret ”arbeidets karakter.” Departementet mente også at den utvidede adgangen brøt med det grunnleggende prinsipp hvor hovedregelen er fast ansettelse. Denne oppmykningen av bestemmelsen ble reversert før den trådte i kraft. Oppmykningen var en følge av Bondevik II regjeringens forslag våren 2005 til ny arbeidsmiljølov som blant annet ville harmonisere tjenestemannsloven og arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse. Blant annet ønsket de i den nye § 14-9 bokstav c en felles adgang til å ansette midlertidig i ”praksisstilling og utdanningsstilling.” Denne viderefører arbeidsmiljølovens adgang til å ansette midlertidig i praksisstilling og tjenestemannslovens adgang til å ansette midlertidig i ”utdanningsstilling.” Som en følge av regjeringsskiftet høsten 2005 fra Bondevik II sin borgerlige regjering til Stoltenberg II sin rød-grønne regjering ble dette forslaget reversert ved endringslov av 21. desember 2005. Denne endringen førte til at 1977 lovens § 58 A i sin helhet ble videreført i 2005 lovens § 14-9. Det ble foretatt en endring i forhold til den gamle bestemmelsen. Utrykket ”bedrift” i § 58 A, er endret til ”virksomhet” i § 14-9.¹⁷

¹⁶ Innst.O.nr.18(2005-2006) s 4.

¹⁷ Ot.prp.nr 24.(2005-2006) s.5

Nytt av 2005 loven er den såkalte fireårsreglen i femte ledd om at ” for arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse av arbeidsforhold til anvendelse.” Denne fireårsreglen ble endret og presisert ved lovendring av 25. juni 2010, hvor den ble positivt avgrenset i forhold til hvilke typer midlertidig ansettelse fireårsreglen gjelder for. Det heter nå i § 14-9 femte ledd annen setning at ” arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse.” Jeg vil komme tilbake til fireårsreglen under punkt 11.

Det ble også tatt inn et nytt annet ledd i bestemmelsen ved lovendringen av 2010. I § 14-9 annet ledd er et nå et krav om at ”Arbeidsgiver skal minst en gang per år drøfte bruken av midlertidig ansettelse etter bestemmelsene i dette ledd med de tillitsvalgte”. Dette leddet ble tatt inn i bestemmelsen for at arbeidsgiver hele tiden skal sette bruken av midlertidig ansettelser på dagsorden.¹⁸

3.1.2 Tjenestemannsloven

Lov om offentlige tjenestemænd av 1918 var ment til å omfatte alle offentlige tjenestemenn. Den inneholdt allikevel ikke regler om midlertidig tilsatte. Slik lovens ordlyd ble etter behandlingen i stortingskomiteen, gjaldt den ikke for den som ”midlertidig utfører (statlig) tjeneste eller er ansatt paa prøve.” Dette ble tolket dit hen at alle former for midlertidig tilsetning falt utenfor loven.¹⁹

Det utviklet seg derfor gjennom mange år et ganske stort antall ulike tilsettingsformer, og den midlertidig tilsatte sin rettstilling var på mange områder veldig uklar. Dels var det offentligrettslige regler som gjaldt og dels arbeidsrettslige regler. Det var ved tjenestemannsloven av 1977 at midlertidig tilsatte ble omfattet av loven. Det var på den tiden ganske omfattende regulering av midlertidig tilsatte tjenestemenn i forskriftene til loven. I Ot.prp. nr 72 (1981-1982) s.8 ble det uttalt at ”Tjenestemannsloven av 1977

¹⁸ Prop.104 L (2009-2010) s.5 pkt 3.2.1

¹⁹ Ot.prp.nr.38 (1915) s.28-30

fjernet i prinsippet skillet mellom faste og midlertidig tjenestemenn. Det viste seg imidlertid nødvendig å regulere de midlertidige tjenestemenns rettstilling forholdsvis inngående i forskriftene til loven. Man måtte blant annet fastsette når midlertidighet kunne nyttes og dessuten fastsette virkningene av en mer varig midlertidighet. Etter departementets mening kom forskriftene til å dekke områder som det hadde vært viktigere å regulere med formell lov.”²⁰ Departementet fant i den sammenheng det riktig å regulere adgangen for bruk av midlertidig ansettelse i loven, ikke bare i forskriftene.

De gamle forskriftene til tjenestemannsloven § 3 som det står referert til i Ot.prp. nr 72 på side 9 oppstilte et krav om at ”tilsetting for et bestemt tidsrom eller for å utføre arbeid av forbigående art skal bare nyttes når arbeidets karakter tilsier det.” De mente videre at ”arbeid av forbigående art” og ”arbeidets karakter” var nokså vanskelig å konkretisere. Departementet kom etter dette frem til at vilkårene bør være at tjenestemannen trengs for et bestemt tidsrom eller for å utføre et bestemt oppdrag. Vi ser her at de kuttet ut vilkåret om ”arbeidets karakter” fra forskriften, som ble tatt inn i arbeidsmiljøloven i 1977. Det er nok ganske sikkert at forskriften til tjml. her var en inspirasjon for aml. og at det var der de hentet vilkåret fra i arbeidet med loven av 1977.

Bestemmelsene kom på denne bakgrunn inn i loven av 1983, adgangen til å tilsette midlertidig ble da regulert i lovens § 3 Tjenestemannsloven fikk også i loven av 1983 sin fireårsregel i § 9. De var tidligere ute enn arbeidsmiljøloven på dette punkt.

3.2 EU- Direktivet om midlertidig ansettelse

Norge har, gjennom EØS-avtalen forpliktet seg til å implementere EU-direktivene om såkalte atypiske arbeidsforhold, dvs. deltid og midlertidig ansettelser av 28. juni 1999. Direktivet om midlertidig ansettelse, er basert på en rammeavtale inngått mellom de europeiske arbeidslivsparter, EFS, UNICE og CEEP.²¹

²⁰ Ot.prp.nr. 72 (1981-1982) s.8

²¹ Rådsdirektiv 1999/70/EF av 28 juni 1999

I innledningen til rammeavtalen heter det at «partene i denne avtale erkjenner at faste avtaler er og fortsatt vil være den alminnelige form for ansettelsesforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver». Videre heter det under de generelle betraktningene i punkt 6. i rammeavtalen at «faste arbeidsavtaler er den alminnelige form for ansettelsesforhold og bidrar til livskvaliteten for de berørte arbeidstakerne og til en bedre arbeidsinnsats». Direktivet fastslår her hovedregelen om at arbeidsavtaler skal inngås fast, hvilket fremkommer av innledningskapittelet. Dette samsvarer med hovedregelen i norsk rett både etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Direktivet fastsetter også generelle prinsipper og minstekrav til den midlertidige ansettelse og ansettelsesvilkårene. Det fremgår av rammeavtalen at formålet er ”å bedre kvaliteten på midlertidig ansettelse ved å sikre prinsippet om likebehandling”²². Og i tillegg etter bokstav b ”å opprette en ramme for å hindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidig arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold”.

Ved implementeringen av direktivet i norsk rett ble det lagt til grunn i Ot.prp. nr.64 (2001-2002), at aml. § 58 A, tilfredstilte kravene til direktivets kjernedel som gjaldt adgangen til midlertidig ansettelse. Dagens regel i aml. §14-9 som er en videreføring av § 58 a oppfyller derfor minstekravene til direktivet. I tillegg ble det ansett nødvendig å innta en bestemmelse i loven om at midlertidige ansatte skal informeres om ledige stillinger i bedriften.²³ Dette er nå regulert i § 14-1. I etterkant av direktivimplementeringen er det blitt inntatt i § 13-1 (3) at diskriminering av midlertidige ansatte er forbudt. Denne bestemmelsen om diskrimineringsforbudet vil jeg ikke gå nærmere inn på.

Sett hen til tjenestemannslovens regler om midlertidig ansettelse er det ingen ting i forarbeidene som sier noe om i hvilken grad tjenestemannsloven tilfredsstiller kravene i direktivet. Denne loven er en del eldre enn rammeavtalen, forarbeidene til tjenestemannsloven har da naturligvis ikke berørt dette temaet. En av grunnene til at det ikke står nevnt noen ting om dette i arbeidsmiljølovens forarbeider må være at de to

²² Rådsdirektiv 1999/70/EF av 28. juni 1999 formål klausul 1 a.

²³ Se Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 204

lovene faller under to ulike departementer. Mens forvaltningen av arbeidsmiljøloven faller inn under Arbeids- og administrasjons departementet, faller forvaltningen av tjenestemannsloven under Fornyings- administrasjons - og kirkedepartementets (FAD) område. Det ville derfor ikke være naturlig for Arbeid – og administrasjons departementet og ta stilling til dette.

I Ot-prp. nr. 49 (2004-2005) på siden 208 mener departementet i enighet med arbeidslovsutvalget blant annet at: ”hovedregelen i norsk arbeidsliv fortsatt skal være fast ansettelse. At fast ansettelse er hovedregelen er i samsvar med prinsippene i EU-direktivet om midlertidig ansettelse, og innebærer stabile og forutsigbare rammebetingelser for begge parter i et arbeidsforhold.” I forhold til at hovedregelen er den samme i begge lover oppfyller tjenestemannsloven i hvert fall på dette punkt kravet til direktivet. I tillegg til at hovedregelen er den samme er hensynene og formålet bak reglene ganske like. Jeg tror det lett har blitt tatt som en selvfølge at begge lovene oppfyller kravene. Jeg ser etter dette ingen grunn til å tro noe annet enn at også tjenestemannsloven oppfyller kravene til direktivet.

4 Lovenes virkeområde

4.1 Arbeidsmiljøloven

Bestemmelsen om virkeområdet til arbeidsmiljøloven finner vi i § 1-2 nr 1. Det heter at ”Loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven.” Virksomheter som ikke sysselsetter arbeidstakere faller derfor naturlig utenfor loven.

Utrykker ”virksomhet” ble brukt som et kriterium for loven av 2005 sin anvendelse. Begrepet omfatter alle former for næringsvirksomhet, offentlig forvaltning, ideell og immateriell virksomhet. Det er ikke avgjørende om virksomheten drives med gevinst for øye.²⁴ Siden virksomhetsbegrepet bygger på de gamle arbeidervernlovenes ”bedrift” er de gamle forarbeidene aktuelle for forståelsen av virksomhetsbegrepet. I forarbeidene til den gamle arbeidervernloven av 1936 er det angitt en nedre grense for bedriftsbegrepet.²⁵ En virksomhet må ha en vis grad av organsiasjon og varighet og ikke være rent ubetydlig. ”Virksomhetene vil oftest være aksjeselskaper, ansvarlige selskaper, kommandittselskaper, utenlandske foretak, stiftelser foreninger, osv. Det er som utgangspunkt ikke problematisk å fastslå hvilke virksomheter som sysselsetter arbeidstakere, men problemer kan oppstå dersom virksomheten kun har inngått avtaler med en løsere tilknytning, så som freelancere.”²⁶ Her må det foretas en vurdering.

I § 1- 2 nr 2 er det gitt unntak for ”Sjøfart, fangst og fiske, herunder bearbeiding av fangsten om bord i et skip” i bokstav a og ” militær luftfart som omfattes av luftfartsloven” i bokstav b.

²⁴ Borgerud, Ingeborg Moen m.fler : Arbeidsrett. Særlig om omstilling i offentlig sektor s.47

²⁵ Ot.prp.nr. 31 (1935) s7 flg.

²⁶ Gyldendal rettsdata v/Tron Dalheim: Kommentarer til §1-2

Paragraf 2 nr 3 gir kongen adgang til nærmere å fastsette i forskrift at kapittel 14-18 også kan gjelde for tjenestemenn som egentlig faller innenfor tjenestemannsloven. I nr 4 kan kongen fastsette forskrift om den offentlige forvaltning skal omfattes av loven eller ikke.

4.2 Tjenestemannsloven

Tjenestemannsloven gjelder for ”arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste” jf tjml § 1. For å komme inn under loven må vedkommende være tilsatt. Dette innebærer at en person som gjør arbeid i statens tjeneste på annet grunnlag enn en arbeidsavtale, ikke kommer inn under tjenestemannsloven.²⁷

Utrykket ”tilsatt” omfatter både ansatt, utnevnt, beskikket, konstituert og engasjert. ”Tilsetting” omfatter så vel fast som midlertidig tilsetting.²⁸

Vilkåret for å omfattes av tjenestemannsloven er at arbeidstaker er ansatt i statens tjeneste, det vil si en ordinær statlig virksomhet. Med uttrykket ”ordinær statlig virksomhet” menes hovedsakelig departementer, direktorater og andre virksomheter som er underlagt regjeringens instruksjonsmyndighet. Grensen mellom privat og statlig virksomhet er ikke alltid like lett og trekke. Men denne grensen for ikke betydning for oppgaven.

Tjenestemannsloven gir i § 1nr 3 en mulighet for kongen til å ”fastsette at loven skal gjelde også får andre arbeidstakere.” Kongen kan derfor bestemme hvem loven skal gjelde for dersom det reises tvil om hvem som omfattes. Her ser vi at kongen kan bestemme at arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven kan falle inn under tjenestemannsloven slik som har overfor i forrige punk så at kongen kunne bestemme at tjenestemenn kunne falle inn under arbeidsmiljøloven.

²⁷ Gyldendal rettsdata lovkommentarer til tjenestemannsloven s.3 note 2 ved Torgeir Bjørnaraa

²⁸ Gyldendal rettsdata lovkommentarer s. 4 fortsatt note 2

5 Hovedreglen

I henhold til reglene om ansettelse er hovedreglen i arbeidsmiljøloven § 14-9 at ”arbeidstaker skal ansettes fast”. Det vil si at arbeidsavtaler skal inngås for et ubestemt tidsrom, dette gir arbeidstakeren et sterkt stillingsvern. Denne hovedreglen er ikke ny av 2005 loven, men har vært fast rettstilstand siden loven av 1977 § 58 A , der det fulgte forutsetningsvis av bestemmelsen.

Hovedreglen etter tjenestemannsloven finner vi i § 3. nr 2 er at ”Tjenestemann skal tilsettes fast.” Forskjellen fra arbeidsmiljøloven er at tjenestemannsloven bruker ”tilsettes”, og arbeidsmiljøloven bruker ”ansettes.” Dette for ikke noen betydning i praksis. Hovedregel er den samme etter begge lover.

En av de viktigste forskjellene på fast og midlertidig ansettelse er at midlertidige arbeidsforhold opphører ved avtalens slutt. Det vil si ved utløpet av den avtalte tidsperiode eller når det avtalte arbeidet er utført, med mindre noe annet er skriftlig avtalt jfr. §14-9 femte ledd. I arbeidsmiljøloven gir bokstavene a-e gir sammen med §14-10 en uttømmende regulering av unntakene for adgangen til midlertidige ansettelse etter arbeidsmiljøloven. Poenget er at midlertidig ansettelse må ha hjemmel i lov.

Adgangen til midlertidig ansettelse i tjenestemannsloven følger av 2 ledd bokstav a-f. Det er bare i de tilfellene som er spesifikt angitt at tjenestemenn kan tilsettes midlertidig. Man må påvise en hjemmel dersom man skal ansette en tjenestemann midlertidig slik som det er etter arbeidsmiljøloven.

Tjenestemannsloven gir en noe videre adgang til midlertidig tilsetting enn arbeidsmiljøloven gir i det private arbeidsliv. Dette henger i stor grad sammen med at statstjenesten har enkelte helt særpregete arbeidsforhold. Dette gjelder særlig

aspirantordninger og elevstillinger ved etatskoler, utdanningsstillinger og en del åremålsstillinger.²⁹ Tjenestemannsloven § 3 nr.2 bokstav b åpner også for at slik midlertidig tilsetning kan brukes der arbeidet ikke er fast organisert, og det derfor ikke er klart hva slags arbeidskraft som behøves. En slik mulighet finnes ikke etter arbeidsmiljøloven.

²⁹ Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s. 8

6 Den generelle adgangen til midlertidig ansettelse

6.1 "Arbeidets karakter"

Det var først ved arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 at det ble innført restriksjoner i arbeidsgivers adgang til å ansette midlertidig. Begrensningen i § 58 nr 7 annet ledd første pkt hadde denne ordlyd : "Vilkår om at tilsetting bare skal gjelde for et bestemt tidsrom eller for et bestemt arbeid av forbigående art, kan bare rettsgyldig avtales når arbeidets karakter tilsier det ."

Ordlyden ble så endret til "avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften." i § 58 A ved lovrevisjonen i 1995. Vilkåret om "bestemt tidsrom" eller "bestemt arbeid av forbigående art" ble her tatt ut av loven.. Denne ordlyden har vi fremdeles i tjenestemannsloven som oppstiller vilkår om "bestemt tidsrom" eller "bestemt oppdrag" i § 3 nr 2 bokstav a.

I dag finner vi den generelle adgangen til midlertidig ansettelse i aml § 14-9 første ledd bokstav a. Denne bestemmelsen viderefører ordlyden i § 58 A nr. 1 bokstav a Den eneste forskjellen fra § 58 A nr 1 er at uttrykket "bedrift" , er blitt modernisert til uttrykket "virksomhet" i loven av 2005. Departementet viste til i forarbeidene at dette ikke innbar noen materiell endring.³⁰ Det fremgår også av forarbeidene at aml. § 14-9 (1) a er en gjenninnføring av regelen i arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 A nr.1 a, og at bakgrunnen for denne regelen er viktig for tolkningen av § 14-9 1 bokstav a.³¹

Loven oppstiller etter sin ordlyd to kumulative vilkår for midlertidig ansettelse, "når arbeidets karakter tilsier det" og "arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i

³⁰ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s.5

³¹ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) side 12

virksomheten”. Etter ordlyden i bestemmelsen ser det ut som begge vilkår må være oppfylt for at midlertidig ansettelse skal være lovlig.

I Norske folkehjelp dommen inntatt i Rt. 2001 s. 1413 uttaler Høyesterett at ”arbeidet må atskille seg fra det som ordinært utføres i bedriften.”: ”Etter dette forstår jeg tilføyelsen i 1995 slik at den ikke oppstiller noe absolutt krav om at de arbeidsoppgaver som skal gi grunnlag for en midlertidig ansettelse, innholdsmessig må atskille seg fra de som ordinært utføres i virksomheten.” Videre uttaler høyesterett: Det at arbeidet må skille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten må ses på som en utfylling og presisering av begrepet ”arbeidets karakter” enn som et selvstendig tilleggsvilkår. Høyesterett legger her til grunn at det ikke er snakk om to kumulative vilkår, men det at ”arbeidet må skille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten” heller er et moment for vurderingen av ”arbeidets karakter”.

Bestemmelsen i bokstav a omtales ofte som den generelle bestemmelsen eller sekkebestemmelsen om midlertidig ansettelse. Grunnen til denne bemerkningen er at midlertidig ansettelsesforhold alltid må vurderes ut fra bokstav a dersom det ikke faller inn under noen av de andre unntakene.

6.1.1 Betydningen av begrepet ”arbeidets karakter”

Arbeidsmiljøloven § 14-9, nr 1, bokstav a slår fast at en arbeidstaker kan ansettes midlertidig når ”arbeidets karakter” tilsier det. Begrepet ”arbeidets karakter” kom inn i loven av 1977. Den tidligere rettspraksis er derfor fortsatt relevant for forståelsen av uttrykket. Det kreves her at det må foretas en konkret, skjønnsmessig vurdering av det enkelte ansettelsesforhold.

I henhold til hvilke forhold man skal vurdere ved en slik helhetsvurdering sies det i forarbeidene til lovrevisjonen i 1995 at ”spørsmålet om hvorvidt arbeidets karakter i det enkelte tilfelle er slik at midlertidige arbeidsavtaler kan inngås, vil bero på helhetsvurdering av forholdet, der en rekke hensyn vil spille inn. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på om det foreligger forhold eller hensyn som gjør det

nødvendig med en tidsbegrenset arbeidsavtale.”³² Man må med andre ord se om grunnen til midlertidig ansettelse er bra nok. Videre ser vi at Kommunal- og arbeidsdepartementet har antatt at begrepet må forstås slik at det er adgang til å inngå tidsbestemt arbeidsavtale dersom arbeidsoppgavene har et tidsbegrenset preg og skiller seg fra det som løpende utføres hos arbeidsgiver. En slik grense må fastsettes særskilt og for hvert enkelt tilfelle fordi en avgrenset arbeidsoppgave kan strekkes seg over ganske lang tid. Tidsaspektet kan være uvisst på tilsettingstidspunktet.

Vilkåret om ”arbeidets karakter ”kan sies å foreligge når det enten er en uforutsett arbeidsmengde eller spesielle arbeidsoppgaver som gjør seg gjeldende. Arbeidsgiver må kunne begrunne at arbeidets karakter gjør det nødvendig med midlertidig ansettelse. Et typisk eksempel på slike spesielle arbeidsoppgaver er dersom Freia henter inn en dataekspert midlertidig for å lage et nytt datasystem for firmaet. Dette vil kunne sies å oppfylle vilkåret om at arbeidets karakter til sier midlertidig ansettelse.

I etterkant av lovendringen i 1977, hvor formålet var å styrke oppsigelsesvernet, uttalte Høyesterett I Rt. 1985 s. 1141 at vilkåret om ”arbeidets karakter tilsier det ” skal tolkes strengt.³³ Det fremgår imidlertid av dommen at arbeidsmiljøloven ikke er til hinder for tidsbegrenset ansettelse dersom det foreligger et saklig behov for dette, og ansettelsen begrenses til det som er strengt nødvendig. Dette har også blitt lagt til grunn i forarbeidene.³⁴

Dersom arbeidet er av en veldig lang varighet, vil det stilles enda strengere krav til om arbeidets karakter tilsier en midlertidig ansettelse. Man kan som en vanlig regel si at jo lengre tidsrom det er snakk om å inngå en arbeidsavtale for, desto sterkere grunner skal til for at midlertidighet er nødvendig eller lovlig.

Når det skal fastsettes om ”arbeidets karakter” tilsier midlertidig ansettelse, vil ordlyden i den tidligere bestemmelsen være retningsgivende. Der het det at ”dersom arbeidstaker

³² Ot.prp. nr 50 (1993-1994)s 165

³³ Side 1147

³⁴ Ot.prp. nr.50 (1993-1994) side 165

bare trengs til et bestemt oppdrag vil arbeidets karakter tilsi midlertidig ansettelse". Om vilkåret "bestemt oppdrag" er det i forarbeidene uttalt: "at arbeidet må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning, og at oppdraget må ha en naturlig avslutning.³⁵ Dette passer godt overens med tjenestemannslovens "bestemt tidsrom" og "bestemt oppdrag". Dette kommer jeg mer innpå når jeg ser på tjenestemannslovens vilkår.

6.1.2 Mangel på kvalifisert kompetanse

I de tilfeller det ikke er angitt hvem vedkommende er tilsatt i stedet for, kan årsaken være at det ikke melder seg kvalifiserte søkere til en permanent stilling. Midlertidig ansettelse kan være nødvendig mens saken behandles eller mens man venter på at kvalifiserte søkere skal søke. Det vil føles feil i disse tilfeller og kalle det for vikariater. I hvilken utstrekning man kan ansette midlertidig i vikariater vil jeg komme tilbake til senere i punkt 7.

Det ble diskutert i arbeidet med 2005 loven om man skulle få inn en klar hjemmel i loven som ga adgang til å ansette midlertidig i de tilfeller der arbeidstaker ikke fyller de nødvendige kvalifikasjonskravene.³⁶ En slik klar hjemmel ble ikke tatt inn i loven. Departementet la til grunn i forarbeidene at § 14-9 1 ledd bokstav a til en viss grad gir adgang til midlertidig ansettelse av arbeidstaker som ikke fyller de formelle kravene til en bestemt stilling.³⁷ I forskriften til tjenestemannsloven §§ 4 og 5 derimot er det i motsetning til arbeidsmiljølovens regler, inntatt uttrykkelige bestemmelser om adgangen til midlertidig ansettelse av arbeidstakere som ikke fyller lovens kompetansekrav.³⁸

Selv om arbeidsmiljøloven ikke har lovbestemte regler om dette har spørsmålet vert opp til behandling i domstolene en rekke ganger. I dommen i Rt. 1985 s. 1141 ble spørsmålet om midlertidig tilsetting av ukvalifisert arbeidskraft i påvente av kvalifiserte søkere berørt. Saken som gjaldt spørsmålet om hvorvidt bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 58 nr 7, var til hinder for midlertidig tilsetting av aktivtører i

³⁵ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.214.

³⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 205-206

³⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202

³⁸ FOR-1983-11-11-1608 §§ 4 og 5

stillinger som var forutsatt besatt med ergoterapeuter ved et psykiatrisk sykehus, fordi det ikke hadde meldt seg kvalifiserte søkere. Den bemanningsplan sykehuset hadde lagt med ansettelse av ergoterapeuter fremfor aktivitører, fremstod som saklig ut fra de faglige begrunnelser sykehuset anførte. Det fremstod heller ikke som en urealistisk målsetting å tilsette de aktuelle stillingene med ergoterapeuter. Høyesterett fant at arbeidsforholdet var av slik særegen karakter at arbeidsmiljøloven ikke var til hinder for tidsbegrenset til setting der det forelå saklig behov for dette, og tilsettingen ble begrenset til det som strengt tatt var nødvendig. Høyesterett oppstiller derfor adgang til midlertidig tilsetting når det trengs personell med særlig formelle kvalifikasjoner og det ikke har meldt seg kvalifiserte søkere.

Selv om adgangen til å foreta slike ansettelser i påvente av at de riktig kvalifiserte personene skal duke opp, må det eksistere en grense på hvor lenge manglende formelle kvalifikasjonskrav skal kunne begrunne midlertidighet. I Rt: 1991 s. 872, kom Høyesterett til at en hjelpepleier som hadde sittet i en assisterende avdelingslederstilling i 12 år uten å fylle kvalifikasjonskravene for stillingen måtte anses som fast tilsatt i stillingen. I motsetning til den forrige dommen om ergoterapeutene var det her en bemanningsplan med lite realistiske kvalifikasjonskrav. I praksis har slike tilsettingsforhold særlig vert brukt innenfor helsesektoren.

Disse dommene gir en vis adgang til å ansette arbeidstaker uten tilstrekkelig kompetanse hovedsakelig i helsesektoren. Dette kan vi holde opp mot bestemmelsen i tjenestemannslovens forskrift § 4 der det oppstilles en adgang til ansettelse av ikke kvalifiserte sykepleiere: ”Det kan nyttes tidsbegrenset tilsetting for bedriftssykepleier, jordmor, spesialutdannet sykepleier og høyere sykepleierstillinger, når det ikke har meldt seg kvalifiserte søkere.” Bakgrunnen for at denne reguleringen er omtalt i Ot.prp.nr 72 (1981-1982) s 10. Norsk Sykepleierforbund og Norsk Hjelpepleierforbund pekte på” den spesielle situasjonen som foreligger for helseinstitusjonene hvor så vel sykepleierstillinger som hjelpepleierstillinger har måttet besettes av personale som ikke tilfredstillier kvalifikasjonskravene på grunn av at de ikke har vært tilstrekkelig mange kvalifiserte søkere.” De ba om at slike tilsettinger kunne gjøres midlertidig til tross for at begge forbundene peker på at man må ta hensyn til pasienten. Departementet mente at man ikke kan ha en generell lov regulering for ansettelse av ikke kvalifisert personell

i alle stillinger og valgte derfor og regulere ansettelsen av noen grupper innenfor helsesektoren i forskriften. Det fremstår at det er en slik adgang til midlertidig ansettelse av ukvalifisert personell innenfor helsesektoren for sykepleiere og lignende finnes både etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven, selv om arbeidsmiljøloven ikke har en uttrykkelig hjemmel for en slik ansettelse. Tjenestemannsloven gir allikevel en større adgang på dette punktet.

I tjenestemannslovens forskrift § 5 oppstilles en annen adgang til å ansette tjenestemenn uten kvalifisert kompetanse ved faste vitenskaplige stillinger ved universitet eller høyskole.” Dersom det til fast vitenskapelig stilling ved universitet eller høyskole ikke har meldt seg søker, som etter fastsatte vilkår eller sakkyndig bedømmelse er klart kvalifisert for fast tilsetting, og det ikke er sannsynlig at kvalifisert søker vil melde seg ved ny kunngjøring, kan likevel en søker tilsettes for begrenset tid.”

Dersom man skal foreta en slik ansettelse er det et krav at ”vedkommende, etter tilsettingsmyndighetens vurdering, har forutsetninger for å skaffe seg de nødvendige kvalifikasjoner i løpet av tilsettingsperioden.” Det må da etter naturlig språklig forståelse foretas en vurdering om man tror den ukvalifiserte tjenestemann vil kunne opparbeide seg den nødvendige kunnskap i løpet av perioden som tilsatt.

Tjenestemannsloven gir en videre adgang til midlertidig ansettelse av ukvalifiserte arbeidstakere enn arbeidsmiljøloven. Den adgangen som oppstilles i forskriftens §§4 og 5 må kunne sies å være en uttømmende liste for en slik adgang jamfør det departementet sier om at de ikke ønsket en generell adgang til midlertidig ansettelse av ukvalifisert personell.³⁹

6.1.3 Betydningen av at arbeidet må ”atskille seg fra det som ordinært utføres i bedriften”

Videre i aml. § 14-9 bokstav a heter det at ”arbeidet må atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”. Bestemmelsen viderefører arbeidsmiljøloven av 1977 § 58A

³⁹ Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s.10

nr. 1 bokstav a. Begrepet ”bedrift” fra 1977 er blitt modernisert til uttrykket ”virksomhet” i loven av 2005. Departementet uttaler om ordendringen at dette ikke innbar noen materiell endring.⁴⁰ Bestemmelsen må forstås på samme måte som den gamle.

Da dette tilleggsvilkåret kom inn i loven i 1994 uttalte kommunalkomiteen om begrunnelsen for dette tilleggsvilkåret at de så sin bekymring på utviklingen i arbeidsmarkedet overfor økt bruk av midlertidig ansettelser, engasjementstillinger, kortidsansettelser, prosjektansettelser osv. De mente dette kunne føre til at bedriftene i gradvis ville innskrenke sin stab av fast ansatte til en kjernestab også fylle opp med ansatte med andre typer tilknytning til bedriften. Det ble også pekt på at bedrifter som benytter seg av kontinuerlige vikariater og midlertidig ansettelser ofte vil ha et behov for flere faste ansatte og derfor omgår lovens hovedregel om fast ansettelse. Flertallet mente derfor at de av hensyn til formålet med regelen var nødvendig å avgrense den skjønnsmessige vurderingen av regelens innhold. Vilkåret må derfor forstås som en presisering av begrepet ”arbeidets karakter”.⁴¹

Til tross for ordlyden er det derfor ikke et absolutt vilkår at ”arbeidet skiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften”. Dette blir tatt opp i minerydder dommen i Rt. 2001 s.1413, der slo Høyesterett fast at arbeidsmiljøloven § 58a bokstav a ikke kunne tas helt på ordet. Bestemmelsen kunne ikke oppstille et absolutt krav om at de arbeidsoppgaver som skal gi grunnlag for midlertidig ansettelse, innholdsmessig må atskille seg fra virksomhetens ordinære arbeidsoppgaver. Høyesterett slo her fast at det var tilstrekkelig at arbeidets karakter ga grunnlag for midlertidig ansettelse, arbeidet trengte ikke skille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.

⁴⁰ Ot.prp.nr. 24 (2005-2006) s.5

⁴¹ Innst. O. nr.2 (1994-1995) s.29

6.2 ”Bestemt tidsrom eller bestemt oppdrag”

En generell adgang til midlertidig ansettelse finner vi også i tjenestemannsloven. I motsetning til arbeidsmiljøloven som oppstiller en slik generell adgang, kan vi etter reglene i tjenestemannsloven si at det eksisterer to slike. Disse finner vi i tjml. § 3 nr bokstav a og b.

Den første generelle adgangen til midlertidig ansettelse følger av tjenestemannsloven § 3 nr.2 bokstav a, at det er adgang til å ansette midlertidig dersom tjenestemannen bare trengs ”for et bestemt tidsrom eller et bestemt oppdrag”.

Vilkårene ”bestemt tidsrom” og ”bestemt oppdrag” er to alternative vilkår. Ofte vil begge to være oppfylt samtidig, men det kan være viktig å fastslå hvilket av vilkårene man bruker i forhold til om arbeidsforholdet kan bli avsluttet uten oppsigelse eller om man har krav på formell oppsigelse etter de vanlige reglene i § 7nr.2. Er det tale om tidsbestemt oppdrag opphører arbeidsforholdet uten oppsigelse jf § 7 nr 2 (1). Er det derimot tale om bestemt oppdrag må opphør skje gjennom oppsigelse jf § 7 nr 2 siste ledd.

I kjennelsen i Rt. 1997 s.1411 som gjaldt spørsmålet om en tjenestemanns rett til å stå i stilling inntil det foreligger endelig avgjørelse i sak om tilsettingsforhold, uttalte den samlede lagmannsrett om bestemmelsens bokstav a: ” for at unntaket i bokstav a skal kunne gis anvendelse, må det kreves at arbeidsoppgavene på tilsettingstidspunktet forventes avsluttet enten innen et bestemt tidspunkt eller så snart oppdraget etter sitt innhold er løst. Bestemmelsen gjelder etter festnet oppfatning bare dersom arbeidet er av forholdsvis kortvarig art, og det må blant annet ha en naturlig avslutning.” Dette fremgår også av forarbeidene.⁴² Det må forstås som at både ”bestemt tidsrom ” og ”bestemt oppdrag” dreier seg om relativt korte tidsperioder i utgangspunktet og at man ikke kan regne med arbeidsforhold av noe særlig varighet.

⁴² Ot.prp. nr 72 (1981-1982)

Dersom det ved tilsetting av tjenestemann ikke lar seg gjøre og verken definere hans arbeidsoppgaver eller å fastsette en tidsperiode for hvor lenge arbeidet skal vare, har man ikke en adgang til å ansette midlertidig. Dersom det ikke en slik adgang blir konklusjonen at man er å regne som fast ansatt.

6.2.1 "Bestemt tidsrom"

Det første alternative vilkåret i § 3 nr 2 bokstav a er adgangen til midlertidig ansettelse av tjenestemann dersom han bare trengs for et "bestemt tidsrom."

I kommentarene til bestemmelsen heter det at: "Hvis tjenestemannen bare trengs for et bestemt tidsrom, må det være en betingelse for å benytte unntaket at det ved tilsettingen er klart hvilket grunnlag man bygger på når tjenestemannen bare trengs for et bestemt tidsrom, og det må være på det rene hvilket tidsrom det gjelder."⁴³ Tidsperioden for arbeidet skal angis når arbeidstaker begynner arbeidet slik at han allerede da vet hvor lenge han tilsatt for. Dette bør være nevnt i ansettelsesavtalen.

Videre i kommentarutgaven står det at "Det er for øvrig alminnelig antatt at det er i strid med tjenestemannsloven å etablere et midlertidig tilsettingsforhold med den begrunnelse at man ikke har fast stilling, dersom det dreier seg om et arbeid som det er varig behov for å få utført."⁴⁴ Man kan ikke ansette vikar for å dekke et fast behov slik som det er etter arbeidsmiljøloven.

Det finnes de tilfeller der denne tidsavgrensningen har vert misbrukt. En person har vert tilsatt for et bestemt tidsrom og har måttet forlate arbeidet når tiden er ute. Deretter har en annen blitt ansatt for å fortsette det samme arbeidet. Dette er helt klart forsøk på å omgå lovens regler. I et slikt tilfelle er det klart at tjenestemannen trengs for en lengre periode og å dele opp denne perioden for å omgå lovens regler vil være et brudd på reglene.

⁴³ Gyldendal rettsdata, kommentarer v/ Torgeir Bjørnaraa. s.10 note 32

⁴⁴ Gyldendal rettsdata , kommentarer v/Torgeir Bjørnaraa s.10 note 32

Eksempler på lovlige midlertidig ansettelse etter denne bestemmelsen kan være et bestemt prosjekt. Et slikt prosjekt har kanskje ikke et definert tidsrom, men det er naturlig at personen som utfører prosjektet slutter når prosjektet er ferdig. Andre eksempler er ansettelse fordi man har fått økte økonomiske bevilgninger for en periode eller ansettelse i forhold til ekstrahjelp.

Det er også i teori og praksis en allmenn oppfatning om at det er i strid med tjenestemannsloven å etablere et midlertidig ansettelsesforhold med den unnskyldning at man ikke har en fast stilling og tilby arbeidstaker. Dette gjelder dersom det dreier seg om et arbeid som det er et varig behov for å få utført. Har man et varig behov for arbeidskraft taler dette for å ansette noen i en fast stilling.

6.2.2 "Bestemt oppdrag"

Det andre vilkåret etter §3 nr 2 bokstav a er adgangen til å ansette midlertidig for "å utføre et bestemt oppdrag". Den naturlige språklige forståelsen av begrepet "bestemt oppdrag" er at det dreier seg om en oppgave som er tidsbegrenset og definert. Det er helt klart ikke snakk om noe varig arbeid. Vilkaåret om at det skal være et "bestemt oppdrag" henger veldig sammen med det forrige vilkåret "bestemt tidsrom". Slik at det kan være vanskelig å holde disse atskilt fra hverandre.

I forarbeidene legger departementet til grunn at "et bestemt oppdrag" må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensing og at det har en naturlig avslutning. Det må være gjørlig i tilsettingsdokumentene enten å fastsette tidsrammen eller å definere oppdraget. Kan man ingen av delene, er det urimelig å legge risikoen for uventet avbrudd i arbeidsforholdet på arbeidstakeren alene. I så fall må det fremstille seg som rimelig at arbeidsforholdet blir underkastet den mer grundige behandling og vurdering som en stillingsinndragning innebærer."⁴⁵ Dette vil si at dersom det ikke lar seg gjøre i en arbeidsavtale og grunngi enten tidsperioden for arbeidet eller hva som er det eventuelle oppdraget, er det ikke adgang til å ansette midlertidig. I et slikt tilfelle er det

⁴⁵ Ot.prp. nr. 72 (1981-1982) s.9

nok er store sjanser for at virksomheten egentlig ansetter personen på grunn av et mer varig behov i bedriften. Ved et slikt varig behov kreves fast ansettelse og de tilhørende stillingsvernsregler med krav om oppsigelse.

I kjennelsen i Rt. 1997 s. 1411 sluttet Høyesterett seg til en uttalelse fra Borgarting lagmannsrett, som sier det samme som forarbeidene: ” For at unntaket i bokstav a skal kunne gis anvendelse, må det kreves at arbeidsoppgavene på tilsetningstidspunktet forventes avsluttet enten innen et bestemt tidspunkt eller så snart oppdraget etter sitt innhold er løst. Bestemmelsen gjelder etter festnet oppfatning bare dersom arbeidet er av forholdsvis kortvarig art, og det må blant annet ha en naturlig avslutning.” Høyesterett slutter seg her til det samme som kommer frem av forarbeidene.

I bestemmelsens merknader i lov kommentarene gis eksempel på hva som kan være et bestemt oppdrag: ”Et bestemt oppdrag” kan blant annet være gjennomføringen av en utrednings- eller forskningsoppgave, byggleidelse på et bygg osv.⁴⁶ Et typisk eksempel som går inn under bestemmelsen er gjennomføringen av et bestemt prosjekt.

Det at arbeidet er organisert i prosjekter eller enkeltstående oppdrag er ikke nok til å selv begrunne midlertidig ansettelse. Det må eksistere et midlertidig behov utover det som er vanlig i bedriften. Dersom en virksomhet er organisert gjennom ulike prosjekter, hvor man vil trenge den samme kompetansen, kan man i utgangspunktet ikke ansette midlertidig. Men på den andre siden dersom det er prosjekter av ulik art som krever spesiell kompetanse som bedriften vanligvis ikke trenger, for eksempel store, uvanelige prosjekter som krever en større bemanning, da vil det være mulig å ansette midlertidig.⁴⁷

Dersom arbeidsforholdet forsetter etter det første oppdraget er utført og ingen ny avtale blir inngått, er det ikke lenger tale om midlertidig ansettelse. Arbeidet må anses å foreligge på vanlig vilkår, det vil si at de vanlige reglene om oppsigelse kommer til

⁴⁶ Gyldendal rettsdata kommentarer v/ Torgeir Bjørnaraa note 33

⁴⁷ Borgerud, Ingeborg Moen m/ fler. :Arbeidsrett om omstilling i offentlig sektor s.255.

anvendelse. Altså får man det samme rettsvernet slik som i den samme situasjon etter arbeidsmiljølovens regler.

6.3 "Arbeidet ikke er fast organisert"

Tjml. § 3 nr.2 bokstav b tillater i tillegg til bokstav a, bruk av midlertidig tilsetting der hvor" arbeidet enda ikke er fast organisert og det derfor er usikkert hvilke tjenestemenn som trengs". Disse to vilkårene er kumulative, det betyr at de begge må være oppfylt.

Bestemmelsen i § 3 nr 2 bokstav b retter seg mot to ulike situasjoner. For det første der hvor en ny statlig virksomhet opprettes og for det andre, der en allerede eksisterende statlig virksomhet omorganiseres. Dette er to uklare situasjoner for en virksomhet i forhold til hva som trengs av arbeidstakere. Arbeidsgiver har derfor fått en slik mulighet etter bestemmelsen å ansette midlertidig i påvente av avklaring på dette.

Kjennelsen i Rt. 1997 s. 1141 som tidligere nevnt, kan være illustrerende også her. Om lovforståelsen uttaler de følgende om bokstav b : " Når det gjelder bokstav b, tar lagmannsretten flertall utgangspunkt i at bestemmelsen ikke uten videre kommer til anvendelse når det ikke er opprettet faste stillinger for de aktuelle gjøremål. Det avgjørende er om arbeidet ennå ikke er fast organisert ,og det derfor er usikkert hvilke tjenestemenn som trengs". Videre uttaler flertallet at" bestemmelsen ikke kan brukes som hjemmel for midlertidige tilsetninger for et lengre tidsrom en det som med rimelighet må anses nødvendig for å få avklart arbeidets organisering og de stillingsbehov som følger av dette."Muligheten til å benytte seg av denne bestemmelsen er begrenset til det som strengt talt er nødvendig før man vet hva som trengs i virksomheten.

En slik bestemmelse er ikke inntatt i aml § 14-9, og i Ot.prp.nr 49(2004-2005) s.214, heter det at usikkerhet om arbeidskraftsbehovet i anledning omorganiseringer og lignende ikke gir anledning til midlertidig ansettelse.⁴⁸ Det vil allikevel være anledning

⁴⁸ Pkt 16.2.3

til å ansette midlertidig der det planlegges å opprette bestemte stillinger. Dette kan illustreres nærmere med eksemplet nedenfor avsagt på bakgrunn av den gamle arbeidsmiljølovens § 58A bokstav a.

I en kjennelse fra Høyesterett av 28.10.2005, HR-2005-01692-U, slutter Høyesterett seg til følgende uttalelse fra lagmannsretten: ”Når det gjelder de tre forlengelsene av As arbeidsforhold, vil lagmannsretten bemerke at det fremgår av saken at forbundet sommeren og høsten 2004 vurderte om det skulle opprettes en ny stilling i den avdeling a var midlertidig ansatt i. arbeidet med dette tok noe tid, men den 22. september 2004 ble det besluttet i forbundets styre at det skulle opprettes en ny stilling som organisasjonsmedarbeider. På grunn av den tid denne prosessen tok og fordi det fortsatt var behov for arbeidskraft ble arbeidsforholdet til a forlenget. A søkte på den nyopprettede stillingen, men fikk den ikke. Dette ble avklart i slutten av november 2004. Etter lagmannsrettens syn må det legges til grunn at den nevnte prosess ikke var uforsvarlig lang og under ingen omstendigheter av en slik karakter at den midlertidig ansettelsen av A samlet sett var i strid med bestemmelsen i arbeidsmiljøloven §58A bokstav a”.

Dette har også sin sammenheng med drøftelsen fortatt i punkt 6.2.1 om ukvalifiserte arbeidstakere.

7 Vikariater

Den første gruppen av unntak som begge lover oppstiller er adgangen til å ansette midlertidig i vikariater. Dette unntaket står oppstilt i arbeidsmiljøloven § 14-9 1 ledd bokstav b og i tjenestemannsloven § 3 nr.2 bokstav c.

Unntaket for adgangen til å ansette midlertidig i vikariater etter arbeidsmiljøloven fant vi tidligere i arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 nr 7. Den ble videreført til § 58A nr.1 bokstav b, for så i dag til å stå i 2005 lovens § 14-9 1.ledd bokstav b. Bestemmelsen i § 58A ga adgang til midlertidig tilsetting i ”for praksisarbeid eller vikariater”

I merknadene til bestemmelsen i § 14-9 bokstav b, er det i forarbeidene legges det til grunn at bestemmelsen er ment å ha samme rekkevidde som den tidligere § 58A.⁴⁹

Forarbeidene til den tidligere bestemmelsen er derfor fortsatt relevante.

I forarbeidene til lovrevisjonen i 1995 ble det sagt om vikariater at ” ordlyd og forarbeider gir heller ingen veiledning om hva loven mener med vikariat. Etter normal språkbruk må likevel et vikariat i utgangspunktet forstås slik som at den som vikarierer skal fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling, ved fravær av andre arbeidstakere.”⁵⁰

I arbeidsmiljøloven av 2005 har bestemmelsen fått en litt annen ordlyd. Bestemmelsen har i § 14-9 bokstav b fått en nærmere utdypning av begrepet ”vikariat”. Arbeidsgiver har etter ordlyden i § 14- 9 bokstav b, adgang til å ansette en person ”for arbeid i stedet får en annen eller andre(vikariat).” Den må ses på som en forklaring på begrepet ”vikariat” som står i parentes. For å kunne ha en slik adgang til å ansette en arbeidstaker

⁴⁹ Se Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s.213

⁵⁰ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165

i et vikariat må arbeidstaker enten utføre bestemte arbeidsoppgaver eller fylle en bestemt stilling ved fravære av en eller flere arbeidstakere.⁵¹

Det mest praktiske er der en vikar ansettes i vikariat når en arbeidstaker er fraværende over en periode. Dette er tilfelle når den faste arbeidstaker for eksempel blir sykemeldt for en periode, ferieavvikling eller utdanningspermisjon.⁵²

Her kan man stille seg spørsmålet om det er nødvendig for å komme inn under unntaket for vikariater, at navnet på personen man vikarierer for og den tidsperiode vikariatet gjelder for skal være oppgitt på forhånd. ? Ved å se videre i Ot. Prp nr 50 på side 165 står det at ”det er ikke ubetinget avgjørende at navnet på personen man vikarierer for eller varigheten av vikariatet, er oppgitt på forhånd. Det vil f.eks. være lovlig å benytte ferievikarer som avløsere i forbindelse med ferieavvikling, uten at disse vikariatene er knyttet til bestemte personer.” Vi ser her at vikariering for ikke navngitte personer eller for en ubestemt krets av personer er forutsatt at den begrensede fraværssituasjonen kan konkretiseres på en annen måte.

Man ser her at det vil være lovlig å ansette vikarer i perioder med ferieavvikling i bedriften, uten at det må være navngitt akkurat hvem vikaren jobber for.

Det er heller ikke noe krav om at det er en fast ansatt som må være fraværende. Man kan både ansette vikarer for andre midlertidig ansatte eller man kan ansette vikarer for en annens vikars fravær. Hovedpoenget er at vikaren må utføre arbeid i en annens fravær. Det er ikke noe krav om at vikaren utfører det samme arbeidet.

En begrunnelse for reglene om adgangen til bruk av vikariater, er at det kun vil være behov for arbeidstakeren i en kort periode. Når den eller de vikaren vikarierer for kommer tilbake eller arbeidet er utført vil ikke behovet for vikaren lenger foreligge. Det er ikke fritt hvor lenge man kan ha en vikar ansatt jf. blant annet fireårsregelen i §14-9 femte ledd. Man kan derimot benytte den samme vikaren i flere fortløpende

⁵¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.213

⁵² Benson, Tomas: Arbeidsrettsboka s.60

vikariater.⁵³ Man kan allikevel ikke ansette vikarer i fortløpende kortvarige vikariater dersom det er for og dekke et konstant eller permanent behov for vikartjeneste.⁵⁴

Det er ikke tilstrekkelig for å anvende unntaksregelen om vikariater å kalle en person for vikar. Vikarbehovet må være reelt. Det fremgår av lovforarbeidene at dersom avtaler om vikariater inngås for å omgå lovens bestemmelser, eller dersom avtalene er utilbørlige i forhold til arbeidstakeren, vil de kunne settes til side av domstolene.⁵⁵ Selv om det ikke foreligger noen omgåelse av reglene fra bedriftens side, er det ikke uten videre tilstrekkelig for og konstantere at vikarordningen er lovlig og kalle den for vikariat.

Et eksempel på hvor en vikarordning som strider mot loven finner vi i Statfjorddommen i Rt. 1989 s. 1116. Dommen ble avsagt på bakgrunn av da gjeldende arbeidsmiljølovens § 58 nr 7 annet ledd første punktum som omhandlet unntak for vikariater. Den omhandlet en servicearbeider som hadde jobbet som vikar på statfjordfeltet i to og et halvt år i henhold til vikaravtaler hver gang hun var ute på feltet. Hennes tjeneste på feltet atskilte seg ikke vesentlig fra skiftordningen for fast ansatte servicearbeidere. Det ble lagt til grunn av Høyesterett at Synnøve Andreassen ”fast og over lang tid hadde fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften, og at det ikke forelå særegne forhold som tilsa at dette arbeidskraftsbehovet måtte dekkes av vikar uten fast ansettelse”. Dette blir i dag kalt statfjordlæren, denne læren vil jeg komme tilbake til senere i pkt 11.3.

En annen dom som kan være illustrerende er den såkalte ambulansedommen inntatt i Rt. 2006 s. 1158. Spørsmålet i denne saken var om det fortsatt forelå grunnlag for midlertidig ansettelse. Arbeidstaker som skulle være vikar i ambulansetjenesten jobbet i 14 måneder og i ca 44 % av en stilling I denne saken er det understreket at det normalt er for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer at det kan være et alternativ å dekke grunnbemanning av fast ansatte i stedet for ved

⁵³ Se eks i Rt. 1989 s. 1116 ”Statfjorddommen”

⁵⁴ Se eks i Rt. 2006 s.1158 ”Ambulansedommen”

⁵⁵ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s.71

vikariater. Høyesterett kom til at ordningen med vikarier slik den her ble praktisert var i strid med den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 § 58A.

Adgangen til å ansette midlertidig i vikariater finner vi også i tjenestemannsloven. Ordlyden i tjml. § 3 nr 2 bokstav c lyder ”Tjenestemannen skal gjøre tjeneste i stedet for en annen (vikar)”. Ved siden av bokstav a er adgangen til å ansette i vikariater den mest brukte hjemmelen for midlertidig tilsetting i staten.⁵⁶

Ordlyden i tjenestemannsloven skiller seg fra arbeidsmiljøloven i det den bruker uttrykket ”en annen ” mens det i arbeidsmiljøloven brukes ”en annen eller andre ”. Spørsmålet her blir om tjenestemannsloven oppstiller en mer snever adgang til å ansette i vikariater enn arbeidsmiljøloven gir. Etter ordlyden i tjenestemannsloven vil det tilsi at det må være et vikariat for en bestemt navngitt person og at man ikke kan være vikar for flere. Eller at det ikke er adgang til å ansette vikarer for flere ubestemte personer.

I følge forarbeidene er dette ikke tilfellet. Vikarbegrepet i § 3 tar sikte på å omfatte også såkalte anonyme vikariater og det vil også kunne være i samsvar med loven at man har ansatt flere vikarer som tjenestegjør for en ubestemt krets av personer.⁵⁷ Dette samsvarer også med arbeidsmiljøloven. Slike anonyme vikariater er av særlig betydning der en person fratrer en stilling, mens en annen ikke enda er tilsatt. I staten kan en vikar, hvor den faste stillingshaveren ikke kommer tilbake, fortsette i stillingen til det er ansatt en ny fast stillingshaver.⁵⁸ Ved slike tilfeller vikarierer ikke vedkommende for en bestemt navngitt person.

Etter tjml. § 7 nr 2 (2) skal en tjenestemann som er vikar fratre når stillingsinnehaveren inntre i stillingen. Mens det etter arbeidsmiljøloven må man kunne sies å akseptere en vis overlapping dersom det er saklig grunn for det.

⁵⁶ Bjørnaraa, Torgeir m/flere. : Norsk tjenestemannsrett kommentarer til tjml. m/forskrifter s.158

⁵⁷ Ot.prp. nr 72 (1981-82) s.14

⁵⁸ Bjørnaraa, Torgeir m/flere. : Norsk tjenestemannsrett kommentarer til tjml. m/forskrifter s.158

8 Arbeid i sammenheng med utdanning og arbeidsopplæring

8.1 Praksisarbeid

Den neste gruppen av unntak har jeg valgt og kalle arbeid i sammenheng med utdanning og arbeidsopplæring. Denne tar for seg flere typer unntak etter både arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven.

Det første unntaket finner vi i Aml. § 14-9, nr 1 bokstav c som gir adgang til å ansette en arbeidstaker midlertidig i forbindelse med praksisarbeid. Jan Fougner mener at uttrykket etter vanlig språklig forståelse indikerer at arbeidstaker skal praktisere teoretiske kunnskaper han eller hun har fra før av.⁵⁹

Unntaket for praksisarbeid fantes også i den tidligere § 58 nr 7. Hva som ligger i begrepet var ikke bestemt angitt i loven. Når bestemmelsen ble flyttet til § 58 A ved lovrevisjonen av 1995, ble det kommentert i forarbeidene at ”hverken loven eller forarbeidene gir noen holdepunkter på forståelsen av begrepet praksisarbeid. I teorien pekes det på at slikt arbeid normalt vil skje i forbindelse med opplæring eller kvalifisering innenfor et fagområde og vil ofte være utgangspunktet for videreutdanning. Varigheten av praksisarbeid vil ofte være fastslått gjennom praksis for den bestemte type arbeid, og avtalen må holde seg til hva som er det normale. For lærlinger vil dette være fastsatt i lærekontrakt i medhold av fagopplæringsloven § 10.”⁶⁰ Lærlinger er derfor ikke omfattet av bestemmelsen.

I arbeidet med den nye 2005 loven ble begrepet på nytt kommentert. Det hadde vert snakk om å harmonisere tjenestemannslovens regler med arbeidsmiljøloven på dette punkt som vi så på overfor under 3.2. ”Forslaget til den nye bestemmelsens bokstav c skulle lyde ”praksisarbeid og utdanningstilling.” Forslaget tok sikte på å omfatte alle undergrupper av praksisarbeid, herunder de stillinger som er omfattet av gjeldende bestemmelser i tjenestemannsloven §3 nr. 2 bokstavene d og e og nr.3 henholdsvis elev ved etatskole og utdanningsstillinger. Med utdanningsstillinger menes her stillinger der

⁵⁹ Fougner, Jan :Artikkel om ”praksisarbeid” s. 140

⁶⁰ Ot.prp.nr 50 (93-94) s.165 og Nou 1992 nr.20 s 171.

utdanningsselementet utgjør en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde og hvor tidsbegrensningen avgrenses til det som er nødvendig for utdanningsformålet. Eksempler på utdanningsstillinger som omfattes er stipendiater , turnuskandidater og dommerfullmektiger.”⁶¹ Denne regelen skulle ha sammenkjørt reglen om praksisarbeid i arbeidsmiljøloven og utdanningsstillinger i tjenestemannsloven.

Utgangspunktet er at praksisarbeid må ses på som et ledd i utdanning eller opplæring for å kvalifisere arbeidstaker til en jobb eller fylle kravene til å komme inn på skole/ utdanning. Praksisarbeid kan også være en del av en utdanning, hvor man må gjennom en bestemt praksis for å fullføre sin utdanning innenfor det bestemte fagområdet. Det avgjørende for om arbeidet er å anse som praksisarbeid er ikke at opplæringen skal utgjøre en stor brøkdel av arbeidet, men at arbeidet skjer i opplærings- eller kvalifiseringsøyemed. Et kjennetegn på praksisarbeid er at vedkommende er under oppsyn av erfarne fagfolk hele veien. Hvor mye hjelp man for kommer an på personens kunnskaper, erfaringer og selvstendighet. Her er det store forskjeller. Ikke alle lærer like fort. Selv om en person jobber ganske så selvstendig og ikke krever mye oppsyn kan man ikke i den grad frata arbeidets karakter av å være praksisarbeid. Ansatte i praksisarbeid kan også sies å dekke et arbeidskraftsbehov i større eller mindre grad i virksomheten. Dette vil variere i de ulike typer virksomhet og innholdet i stillingen. En flink og selvstendig ansatt kan være til stor hjelp for virksomheten.

Hvis arbeidstaker forsetter i stillingen utover den tid som fyller kravene til praksisarbeid, vil fast ansettelse foreligge. Fast ansettelse vil også foreligge dersom arbeidsforholdet går utenfor de kravene som følger av praksisarbeid.

8.1.1 Sykehuset Innlandet saken

I forhold til begrepet praksisarbeid og hva det går ut på finnes det som vi har sett på liten veiledning til ordlyden i forarbeider og praksis. En del av disse spørsmålene ble avklart da Høyesterett i 2009 avsa dom i Sykehuset Innlandet saken.

⁶¹ NOU 2004:5 s.296

I sykehuset Innlandet saken inntatt i Rt. 2009 s. 578 gir Høyesterett en avklaring på en rekke spørsmål rundt midlertidig ansettelse i praksisstillinger. Bakgrunnen for denne dommen er spørsmålet om en hjelpepleier som hadde vert ansatt i ulike midlertidige stillinger over flere år hadde krav på fast ansettelse i medhold av fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd. I den anledning reiste spørsmålet seg om hva som skulle regnes som praksisarbeid og dels hvordan praksisarbeidet skulle bedømmes etter fireårsregelen.

Av særlig interesse i dette avsnittet er premissene 81-84 der Høyesterett etter å ha gått igjennom de ulike rettskildene på området og gir en anvisning av hva som følger av praksis begrepet: ”På denne bakgrunnen kan det etter mitt syn utledes følgende utgangspunkter: praksisarbeid vil normalt skje i forbindelse med opplæring eller kvalifisering innenfor et fagområde, og vil ofte være et utgangspunkt for videre utdanning. Det kreves ikke at utdanningselementet utgjør en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde. Et midlertidig arbeid vil kunne være praksisarbeid i lovens forstand selv om det ikke er knyttet organisert veiledningsfunksjon til stillingen, selv om hovedformålet med stillingen ikke er at arbeidstakeren skal lære seg noe genuint nytt, men at han eller hun skal praktisere sine teoretiske kunnskaper, og selv om arbeidstakeren utfører arbeid som tilsvarer det de faste ansatte utfører og på denne måten fyller et arbeidskraftsbehov. Men de nevnte forhold vil kunne ha betydning i en helhetsvurdering av stillingens karakter.”

Vi ser her at Høyesterett her slår fast at formålet med praksisarbeid er at arbeidstaker skal ”praktisere sine teoretiske kunnskaper”. De mener derfor at det ikke spiller noen rolle om arbeidstaker lærer noe genuint nytt. Det er ikke her slik som det er etter tjenestemannsloven at utdanningselementet utgjør en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde.⁶²

Høyesterett slår også fast at arbeidstaker kan utføre arbeid som fast ansatte utfører og fyller et behov for arbeidskraft uten at det må kalles noe annet enn praksisarbeid. Denne grensen kan være noe vrien i praksis. Man tiltrer ikke i en praksisstilling for å fyller et

⁶² Tjenestemannsloven § 3 nr 2 bokstav e.

arbeidskraftsbehov, men som overfor nevnt for å praktisere sine teoretiske kunnskaper. Høyesterett endrer derfor det synes at man i en praksisstilling går utenpå de andre ansatte og ikke bidrar til bedriftens produksjon. Når de i tillegg ikke vil kreve at det skal foreligge et utdanningselement, blir praksisbegrepet nokså vidt. Det er tilstrekkelig at arbeidstaker gis anledning til å praktisere sine teoretiske kunnskaper og kravene til organiseringen av praksisperioden er beskjedene. Det sentrale kravet er at arbeidstaker er i et miljø hvor det er erfarne fagfolk som det kan læres av.⁶³

I Premiss 84 i dommen uttaler Høyesterett at: ”Også arbeid med sikte på å gi opplæring eller kvalifisering innenfor et fagområde som utføres etter endt grunnutdanning, vil kunne være praksisarbeid i lovens forstand. Særlig gjelder det dersom arbeidet skjer som en integrert del av et utdanningsløp i regi av en utdanningsinstitusjon med sikte på formell kompetanse, og ganske særlig dersom arbeidet skjer i øremerket praksisstilling.” Vis vi ser på dette avsnittet ser det ut som at enhver opplæring vil kunne være praksisarbeid. De sier her at arbeid etter endt utdanning også kan sies å være praksisarbeid. Man kunne strengt talt etter dette kalt en advokatfullmektig stilling som praksisarbeid, da den foregår etter endt utdanning men er en treningsperiode før man for advokatbevilgning. Dette er ikke riktig.

Det oppstiller seg et spørsmål om ethvert kurs kan gi grunnlag for praksisarbeid. Om dette uttaler Høyesterett videre i dommen : ”Dersom en arbeidstaker derimot gis permisjon fra sitt daglige virke for å delta på et kurs eller annen teoretisk utdanning, vil ikke stillingen av den grunn få karakter av praksisstilling selv om arbeidstakeren vil kunne praktisere sin nyvunne kunnskap når han eller hun er tilbake i jobb. Det vil heller ikke uten videre bli praksisarbeid om arbeidsgiveren sender arbeidstakeren på kurs i deler av arbeidstiden for å dyktiggjøre seg i arbeidet.”

Her oppstiller Høyesterett en adgang til å sende sine ansatte på kurs og opplæring uten at man kaller det praksis når de kommer tilbake i arbeid. En slik etterutdanning er viktig for å utvikle kompetansen og holde seg oppdatert på det som er viktig for sin stilling. Å

⁶³ Fougner, Jan : Artikkel ”Praksisarbeid” s.144

erhverve seg en slik ny kunnskap er ikke å praktisere noe og vil derfor falle utenfor praksisbegrepet.

Som vi her har sett på gir sykehuset Innlandet saken oss en oppklaring rundt en del sider av adgangen til å ansette midlertidig for praksisarbeid etter aml § 14-9 1 ledd bokstav c. Som vi ser er adgangen til praksisarbeid ganske vid.

8.2 Utdanningstilling

I tjenestemannsloven har man ikke et unntak om praksisarbeid slik som i arbeidsmiljøloven. Man har derimot bestemmelsen i § 3 nr 2 bokstav e, som gir adgang til å ansette midlertidig dersom tjenestemannen skal tjenestegjøre i utdanningsstilling. En utdanningsstilling er i tillegg en åremålsstilling.

I forskriften til tjenestemannsloven §3 nr.3 er det fastsatt hva som skal regnes som utdanningsstillinger. Der står det at spesialistkandidater, stipendiater, vitenskapelige assistenter, dommerfullmektiger, turnuskandidater, og underordnede leger når åremålsperioden ikke er lenger enn strengt nødvendig for den kvalifisering legen skal få, skal betraktes som utdanningsstillinger.

I punkt 8.1 så vi arbeidslovsutvalgets innstilling fra 2004 foreslo at den nye regelen skulle omhandle praksisarbeid og utdanningsstillinger.⁶⁴ De sa at ” med utdanningsstillinger menes her stillinger der utdanningselementet utgjør en overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområdet og hvor tidsbegrensningen avgrenses til det som er nødvendig for utdanningsformålet.”

Regelen i tjenestemannsloven § 3nr 2 bokstav e krever at utdanningselementet utgjør en ”overveiende og nødvendig del av stillingens arbeidsområde”. Det fremgår da rimelig klart at praksisbegrepet etter arbeidsmiljøloven er videre enn utdanningsstillingsbegrepet etter tjenestemannsloven.

⁶⁴ Besl.O.nr 96 (2004-2005)

I forarbeidene ble det uttalt ” selv om unntaket knytter seg til en stillingsbetegnelse, må likevel det avgjørende være at arbeidet i stillingen faktisk svarer til det som er fastsatt og som er en forutsetning for midlertidigheten. Hvis en vitenskapelig assistent blir satt til å gjøre mer pliktarbeid enn bestemt og dette er varige arbeidsoppgaver, vil ikke unntaket i lovens §3 nr.2 bokstav e gjelde. Det avgjørende er ikke stillingens tittel, men dens reelle innhold.”⁶⁵

For tjenestemenn i utdanningsstillinger gjelder ikke oppsigelsesvernet i § 10 nr.1 Tjenestemannen plikter å fratre fra stillingen selv om han har vært midlertidig tilsatt i mer enn fire år sammenhengende. Her gjelder med andre ord ikke fireårsregelen.

8.3 Aspirant eller elev ved etatskole

En tredje form for arbeid i sammenheng med utdanning som jeg vil nevne kort finner vi i tjenestemannsloven § 3 nr 2, bokstav d. Der finner vi hjemmel for å ansette midlertidig når tjenestemannen skal være aspirant eller elev ved etatskole. I tjenestemannslovens forskrift § 2 nr står det at ”fengselsbetjenter er midlertidig tilsatt i pliktåret etter gjennomført etatskole.” Denne bestemmelsen har å gjøre med bestemte statlige utdannelser.

8.4 Arbeidsmarkedstiltak

Aml. § 14-9 nr. 1, bokstav d slår fast retten til å ansette en arbeidstaker midlertidig for ”deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med arbeids- og velferdsetaten.” Bestemmelsen er en videreføring av aml. (1977) § 58 A nr.1 bokstav c og 5c i forskrift til tjenestemannsloven.⁶⁶ Bestemmelsen gjelder for de som er midlertidig ansatt i regi eller i samarbeid med NAV.

I Ot.prp. nr. 67 (1984-85) s. 5 fremholdes at så godt som alle arbeidsmarkedstiltak er midlertidige. Det er satt et tidsbegrenset preg slik at man ikke skal kunne påberope seg

⁶⁵ Ot.prp. nr.72 (1981-1982) s 13

⁶⁶ FOR-1983-11-11-1608 §5c

rettigheter etter arbeidsmiljøloven og at så mange som mulig skal kunne benytte seg av disse tiltakene.

En grunnleggende forutsetning for midlertidig ansettelse etter bestemmelsen her er at den ansatte er deltaker på tiltak i regi av Nav, eller at tiltaket skjer i samarbeid med NAV. I kommentarene til bestemmelsen på Gyldendal rettsadata står det om hensikten med muligheten til å ansette midlertidig i arbeidsmarkedstiltak at ”deltakerne skal først og fremst komme i arbeid en periode, enten det arbeidet som utføres er av varig eller midlertidig karakter. Det er en viktig overordnet arbeidsmarkedspolitisk målsetting å få sirkulasjon i tiltakene. På den måten kan flest mulig nyte godt av tiltakene, ledigheten reduseres og ledighetens passivitetsvirkninger motarbeides.” Det er derfor hensiktsmessig at tiltakene er av kort varighet.

Det er ikke alltid at disse tiltakene blir organisert slik at deltakerne vil bli sett på som arbeidstakere. Det vil da ikke foreligge noen ansettelsesavtale overhodet.

I den statlige sektor finner vi regel om arbeidsmarkedstiltaksom tidligere nevnt i forskrift til tjenestemannsloven.⁶⁷ Overskriften i § 5c er ”Særregler for visse typer tiltaksdeltakere. ”Tiltaksdeltaker” er det samme som arbeidsmarkedstiltak.

Bestemmelsen lyder : ”Tiltaksdeltaker som omfattes av forskrift av 23. juni 2000 nr. 682 om tilskudd av lengre varighet for personer med redusert arbeidsevne som følge av lidelser med variabelt forløp kan tilsettes midlertidig i inntil ett år, dersom det er behov for å prøve ut tiltaksdeltakers funksjonsevne. Deretter må deltakeren tilsettes fast.

Tjenestemannslovens forskrifter åpner her mulighet til å ansette en tiltaksdeltakere for å teste ut deltakerens kunnskaper midlertidig inntil et år. Lovteksten i arbeidsmiljøloven har ikke en slik begrensning.

Arbeidsmiljøloven har et siste unntak i aml.§ 14-9 nr 1 bokstav e, som slår fast at idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innenfor den organiserte idretten kan ansettes midlertidig. Denne er ikke gjenstand for sammenligning å jeg nevner det derfor bare kort her for oversiktens skyld.

⁶⁷ FOR-1983-11-11-1608 § 5c

9 Åremål

Vi finner regler om adgang til å ansette midlertidig i åremålstilling i flere lover. I tillegg til regler i tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven finner vi regler i universitets og høyskoleloven, kommuneloven og opplæringsloven.

9.1 Arbeidsmiljøloven

Reglen om åremål i arbeidsmiljøloven finner vi i § 14-10 åpner for at ”Øverste leder i virksomheten kan ansettes på åremål.” Bestemmelsen for åremålstilsetninger ble tilføyd ved lovendringen i 1995. Bakgrunnen for regelen var at tjenestemannsloven og kommuneloven allerede hadde tilsvarende bestemmelser, og i forarbeidene ble det lagt til grunn at behovet er like stort i privat virksomhet.⁶⁸

Begrepet ”åremål” blir ikke definert verken i arbeidsmiljøloven eller i tjenestemannsloven. I Ot.prp nr 49 (2004-2005), ble det om dett sagt at ”lovgivningen definerer ikke begrepet åremål, men som navnet indikerer vil dette omfatte ansettelsesavtaler inngått for et bestemt tidsrom (midlertidig ansettelser). Dette vil ofte gjelde ordinære stillinger som fyller et permanent arbeidskraftsbehov. For å skille denne type midlertidig ansettelser fra andre typer, brukes begrepet åremål.”⁶⁹ Som vi ser her skiller ansettelse på åremål seg ut fra andre typer midlertidig ansettelser fordi det er adgang til å ansette midlertidig i en stilling som krever et permanent arbeidskraftsbehov.

Som vi ser i bestemmelsen er det kun ”øverste leder i virksomheten” som kan ansettes på åremål etter arbeidsmiljøloven. Om hva som ligger i begrepet ”øverste leder” sier de i forarbeidene at ”i begrepet øverste leder ligger at det normalt bare er aktuelt med en leder ansatt på åremålskontrakt i hver virksomhet. Bare i de tilfeller der flere ledere deler den øverste lederstillingen vil det være aktuelt med flere ledere på

⁶⁸ Ot.prp.nr 50 (93-94) s.177

⁶⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.219

åremålskontrakter.”⁷⁰ Man har derfor ikke noen adgang til å ansette underledere eller avdelingsledere på åremålskontrakter, men kun den eller de som har den øverste stillingen i en bedrift. Det vil kun bli tale om en eventuelt og ansette den administrerende direktøren på åremålskontrakt.

Man kan spørre seg om det samme blir tilfellet i kommunal sektor, har man der den samme adgangen til åremåls ansettelse? Kommunen defineres som en virksomhet og det finnes derfor en adgang til åremålsansettelse av rådmann eller administrasjonssjefen i en kommune eller fylkeskommune. Det finnes en egen bestemmelse i kommuneloven § 24 nr. 3 om åremålsansettelse i kommunale lederstillinger. Kommuneloven åpner for åremålsansettelse i et bredere ledersjikt enn arbeidsmiljøloven.

I andre ledd gis det en adgang til å ansette på åremål der det er nødvendig i henhold til avtale med fremmed stat eller organisasjon.

9.2 Tjenestemannsloven

I tjenestemannsloven § 3 nr 2 bokstav f. lyder adgangen til åremålsansettelse:

”Tjenestemannen skal tjenestegjøre i åremålstilling.” En slik stilling defineres ofte som en stilling der arbeidstaker er tilsatt for en bestemt tid, og som er organisert og betegnet som åremålstilling.

Forskriften til tjenestemannsloven gir en ganske utfyllende oversikt over adgangen til åremålsansettelse i staten i § 3.⁷¹ Det åpnes for adgang åremålsansettelse av øverste leder slik som det er etter arbeidsmiljøloven. ”Øverste leder” sikter her til øverste administrative leder, for eksempel en direktør i et ytre etat.⁷²

Loven åpner også for at: ”Faglige lederstillinger kan også besettes på åremål der det er særlig behov for faglig nyorientering. Det samme gjelder særlige, sakkyndige rådgivere. Undervisnings- og forskerstillinger ved universitet eller høyskole kan besettes på

⁷⁰ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 333

⁷¹ Forskrift av 11. november 1983 nr. 1608

⁷² Borgerud, Ingeborg Moen m/ler Arbeidsrett Særlig om omstilling i offentlig sektor s. 265

åremål når skapende eller utøvende kunstnerisk kompetanse inngår som et vesentlig element i kompetansekravet.”⁷³

Det er adgang til åremålsansettelser i forsker stillinger og såkalte postdoktor stillinger. Dette reiser imidlertid problemer. I en artikkel fra VG datert 2 november 2010 viser at hver femte forsker ved Oslo Universitetssykehus skal ha jobbet mer en ti år på midlertidige kontrakter. Enkelte opp til tjue år.⁷⁴ Videre i artikkelen ser vi at selv om det er adgang til å ansette slike forskere i midlertidige treårige doktorgradsstillinger og såkalte postdoc-stillinger av maksimalt fire års varighet, opererer Oslo Universitetssykehus imidlertid i praksis med mange slike postdoc-perioder etter hverandre. Problemet i denne artikkelen er at vi ikke vet hva slags kontrakter de har vært tilsatt på. Som forsker kan man også ha jobbet på eksterne midler noe som gjør det vanskelig å regne ut når man skal anses som fast ansatt. Dette er svært uheldig å man kan bli da gående på mange ulike midlertidige kontrakter over langt tid.

I forskriften til tjenestemannsloven § 3 nr.4 finner vi en avgrensning av åremålstilsettinger der står det at ”det regnes ikke som åremålstilsetting når en tjenestemann for et avgrenset tidsrom, overtar en annen tjenestestilling forbeholdt virksomhetens tjenestemenn og vedkommende permitteres fra sin faste offentlige stilling med rett til å overta den igjen.” Det vil si der man midlertidig overtar en annen stilling, mens man er permittert fra sin egen regnes det ikke som åremålstilsetting.

En tjenestemann kan være ansatt på åremålskontrakter i seks år av gangen jfr tjenestemannslovens forskrift §3 nr.2. Denne kan videre fornyes en gang slik at perioden maksimalt blir 12 år. En tjenestemann har allikevel adgang til å bli ansatt i en annen statlig åremålstilling etter disse tolv årene.

I løpet av den siste tiden har det også blitt åpnet bruk for åremålstilsetting utenfor statstjenesten. Slik som reglene i aml. § 14-10. Det finnes også slike regler i kommuneloven av 1992 § 24 nr.3 som tidligere nevnt, opplæringsloven og universitets

⁷³ Forskrift av 11. november 1983 nr. 1608

⁷⁴ VG artikkel datert.02.11.2010 ”På midlertidig kontrakter i opptil 20 år”

og høyskoleloven. Men tjenestemannslovens regler på dette punkt er eldre og mye videre.

10 Varigheten av et lovlig midlertidig ansettelsesforhold.

Frem til nå har jeg sett på hvilken adgang og i hvilke tilfeller man kan ansette en arbeidstaker midlertidig til tross for hovedregelen om fast ansettelse. Selv om vi har en slik adgang til å gå mot hovedregelen finnes det igjen grenser for hvor lenge man kan ansette midlertidig. En slik grense trenger man får å unngå misbruk. Vi skal derfor se nærmere på disse grensene.

10.1 Fireårsregelen

Det er som tidligere nevnt at det i norsk rett er grenser for hvor lenge en arbeidstaker kan være midlertidig ansatt før han får oppsigelsesvern som en fast ansatt. I arbeidsmiljøloven av 1977 var det ingen grense for hvor lenge en arbeidstaker kunne være midlertidig ansatt. Det avgjørende for lovligheten var således om de materielle vilkårene for tidsavgrenset ansettelse til enhver tid var oppfylt. Tidsaspektet kom likevel inn som et tolkningsmoment i vurderingen av om de materielle vilkår var til stede.⁷⁵

I arbeidsmiljøloven av 2005 ble det innført en såkalt fireårsregel for adgangen til midlertidig ansettelse i § 14-9 femte ledd. Denne regelen ga oss en maksimal grense for midlertidig ansettelse på fire år. Da denne regelen ble vedtatt lød femte ledd 2.pkt : ”For arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år kommer reglene om oppsigelse av arbeidsforhold til anvendelse.” I tredje og siste pkt. var det så en negativ avgrensing for hvilke midlertidige ansettelser fireårsregelen ikke gjaldt for: ”Dette gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e.” Det vil si at praksisarbeid, arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Aetat og for idrettsutøvere, idrettstrenerne, dommere og andre ledere innefor den organiserte idrett ikke er omfattet av fireårsregelen. De får dermed ikke

⁷⁵ Prop-104 L (2009-2010) s2 pkt. 22

stillingsvern som en fast ansatt etter fire år sammenhengende midlertidig ansettelse etter fireårsregelen.

Denne reglen ble endret ved love revisjon av 25. juni 2010 nr. 976, og fikk da en litt annen ordlyd. Arbeidsdepartementet mente at ” det er behov for en presisering av bestemmelsen om at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse for arbeidstakere som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år.”⁷⁶ Endringen førte til en klargjøring av bestemmelsen.

Selve fireårs reglen kan leses ut av bestemmelsens femte ledd, 2 setning som tidligere og lyder:” Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer en fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse”. Vi fikk med den nye regelen en positiv avgrensning i samme setning og en presisering av ordlyden.

Fireårsregelen innebærer at dersom en midlertidig ansatt har vært ansatt sammenhengende i mer enn fire år, det vil si fire år og en dag skal arbeidstaker regnes som fast ansatt. Dette med hensyn til oppsigelse reglene som gjelder for faste ansatte. Man kan også etter en vurdering av arbeidsforholdet anses som fast ansatt før det har gått fire år.

Fireårsregelen gjelder bare midlertidig ansettelser inngått etter regelen i første ledd bokstav a og b. Det vil si når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften og får vikariater. Regelen gjelder derfor på den andre siden ikke for midlertidig ansatte i praksisarbeid, deltagere i arbeidsmarkedstiltak eller innenfor den organiserte idretten.

Fireårs regelen gjelder videre bare for midlertidig ansettelseskontrakter som inngås etter lovens ikrafttredelse den 1. januar 2006. Regelen for derfor i utgangspunktet ikke anvendelse på midlertidig ansettelser som løper per 1. januar 2006. Dersom en ansettelsesavtale om midlertidig ansettelse, som er inngått før lovens ikrafttredelse blir

⁷⁶ Prop.104 L (2009-2010) s. 1,pkt.1

fornyhet etter 1. januar 2006 , vil fireårsregelen komme til anvendelse⁷⁷. Da kan man også telle med ansettelsesperioden forut for lovens ikrafttredelse.

Hva slags arbeid er å anse som midlertidig selv om det varer i fire år? Vis man ansetter en person i en bedrift for å arbeide med prosjektarbeid er det ikke å anse som midlertidig ansettelse. Men er personen på den annen siden ansatt for å jobbe med et prosjekt er det å anse som midlertidig ansettelse fremtil det har gått fire år.

Regelen i femte ledd ble innført blant annet får og hindre misbruk av gjentatt bruk av midlertidig ansettelse. Regelen førte til et sterkere oppsigelsesvern for de som hadde vert midlertidig ansatt i mer enn fire år sammenhengende, da de fikk det samme vernet som en fast ansatt.

En annen grunn for innføringen av en slik regel, var at dersom en arbeidstaker har vert ansatt midlertidig over en så lang periode som fire år i en og samme bedrift, vil dette normalt indikere et stabilt behov for arbeidskraft i virksomheten.

10.1.1 Beregningen av ansettelsestid - Hva skal regnes med i fireårsregelen ?

Denne fireårsregelen har ført med seg en del problemer når den skal anvendes i praksis. Problemet er blant annet hva som skal regnes med i denne fire års perioden. Når fireårsregelen ble tatt inn i arbeidsmiljøloven i 2005, var det ingen anvisning på hva som skulle med i beregningen av de fire årene.

Den første dommen som ble avsagt på bakgrunn av fireårsregelen var sykehuset innlandet saken inntatt i Rt. 2009 s. 578. Saken som tidligere nevnt under drøftelsen av praksisarbeid i punkt 8.1.1 gjaldt også spørsmålet om en arbeidstaker som hadde vert ansatt i flere ulike midlertidige stillinger over flere år hadde krav på fast ansettelse i medhold av fireårsregelen i §14-9 femte ledd. Problemet her var hva som skulle regnes med i denne fireåres perioden? Høyesterett la til grunn at arbeidstakers sykefravær

⁷⁷ Kgl.res. om arbeidsmiljølovens ikrafttreden av 17.juni 2005.

skulle gå til fradrag ved beregningen av fireårsregelen i § 14-9 femte ledd. I dommen ble det konkludert med at bare midlertidig ansettelse som nevnt i første ledd bokstav a og b, teller med ved beregningen av fireårsregelen. Praksisarbeid og arbeidsmarkedstiltak samt midlertidig arbeid som nevnt i bokstav e, skal ikke tas med i betraktning. Dette gjelder enten arbeidstakeren er i slikt arbeid ved utløpet av fireårsperioden eller har hatt slikt midlertidig arbeid tidligere.

I kjølvannet av denne dommen mener Arbeidsdepartementet at Høyesteretts avgjørelse gir grunn til å foreslå en presisering av lovbestemmelsen som avklarer at fravær ikke skal komme til fradrag i den formelle ansettelsestiden.⁷⁸ Vi har nå på denne bakgrunn, ved lov av 25 juni 2010 fått inn et tillegg i femte ledd siste pkt som sier at ” Ved beregning av ansettelsestid etter andre punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.” Det skal derfor ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær ved beregningen av fireårsregelen slik som det ble gjort i Sykehuset Innlandet dommen . På dette punkt har dommen derfor mistet betydning.

I kommentarene til loven angis det at fireårsreglen ikke er noe mer enn den maksimale tiden får midlertidig ansettelse. En arbeidstaker vil kunne bli ansett som fast ansatt fra et tidligere tidspunkt.⁷⁹

10.2 Tjenestemannsloven

Tjenestemannsloven § 7 omhandler regler om opphør av midlertidig ansettelse. Det heter i annet ledd at ” Tjenestemann som er tilsatt for et bestemt tidsrom, på åremål eller i utdanningsstilling, fratrer uten oppsigelse når tiden er ute.” Og videre ”Tjenestemann som er tilsatt som vikar, fratrer uten oppsigelse når stillingens faste innehaver inntreffer i stillingen.”

Fireårsregelen i arbeidsmiljøloven har kun eksistert siden loven av 2005.

Tjenestemannsloven har på sin side hatt en slik regel mye lenger. Denne regelen kan

⁷⁸ Prpo.104 I (2009-2010) s. 2 pkt 2.2

⁷⁹ Arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, note 4 av Jakhelln og Aune.

leses ut av §§ 9 og 10 nr 1. Disse reglene er bakgrunnen for at vi fikk en slik fireårsregel i arbeidsmiljøloven.

Høyesterett sier følgende om denne bakgrunnen i sykehuset innland dommen inntatt i Rt.2009 s. 578 at ” Siktemålet var opprinnelig å få felles regler på dette punkt for tjenestemenn og andre arbeidstakere, men dette ble ikke gjennomført. Selv om regelen i tjenestemannsloven har vært en inspirasjonskilde for arbeidet med arbeidsmiljøloven § 14-9, er det flere forskjeller mellom de to regelsett både lovteknisk og innholdsmessig. Forarbeidene gir ikke holdepunkter for at § 14-9 på alle punkter skal forstås på samme måte som reglene i tjenestemannsloven.” Reglene er på dette punkt ganske ulike.

I tjml.§ 9 som omhandler oppsigelse i det første tjenesteår, heter det at ”midlertidig tilsatt tjenestemann med mindre enn fire års sammenhengende tjeneste kan sies opp fra sin stilling når det er saklig grunn i virksomheten eller tjenestemannens forhold.” Denne bestemmelsen oppstiller en adgang til å si opp midlertidig tilsatte tjenestemenn. En slik adgang til oppsigelse står ikke nevnt i arbeidsmiljøloven. Vi har derimot i aml.§ 14-9 fjerde ledd en regel som sier at ” Arbeidstaker som har vært ansatt i mer enn ett år, har krav på skriftlig varsel om tidspunktet for fratreden senest en måned før fratredelsestidspunktet.” Dette er til forandring fra tjenestemannsloven et varsel og ikke en oppsigelse. Et varsel er kun til informasjon.

Bestemmelsen oppstiller videre et krav til oppsigelsestid ” Etter utløpet av en eventuell prøvetid er oppsigelsesfristen en måned hvis tjenestetiden er ett år eller mindre. Er tjenestetiden ett år eller mer, er oppsigelsesfristen tre måneder.” Så jo lenger man har vært midlertidig ansatt jo lenger oppsigelsestid har man krav på etter bestemmelsen.

Etter tjml. § 10 nr. 1 heter det at ” midlertidig tjenestemann med mer enn fire års sammenhengende tjeneste kan sies opp med seks måneders frist når stillingen inndras eller arbeidet faller bort”. Denne sier med andre ord at dersom en tjenestemann har vært midlertidig ansatt i mer enn fire års sammenhengende tjeneste, kan han sies opp med seks måneders varsel slik som en fast ansatt. Det er viktig at tjenesten har vært sammenhengende. Det oppstilles her den samme fireårsreglen som i arbeidsmiljøloven. Det er først etter fire år at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold etter

arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse for en midlertidig ansatt. Forskjellen er videre at en fast ansatt etter tjenestemannsloven har lenger oppsigelsestid enn en arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven.

Reglene i tjml. §§ 9 og 10 innebærer etter sin ordlyd at alle midlertidig tilsatte tjenestemenn har et oppsigelsesvern, uavhengig om de i henhold til tjml. § 7 nr.2 skulle fratrådt uten oppsigelse. Det har etter bestemmelsen i § 10 vært lagt til grunn at midlertidig tilsatte som etter normalen skulle fratrådt uten oppsigelse etter § 7 nr 2 første eller annet ledd, likevel ikke er pliktig til å fratre, men må sies opp etter reglene i § 10.⁸⁰ Midlertidig tilsatte etter tjenestemannsloven har derfor oppsigelsesvern før de når fireårsgrensen. Et slikt vern har man ikke etter arbeidsmiljøloven da disse reglene ikke kommer til anvendelse før man har vært midlertidig ansatt i over fire år og er å regne som fast ansatt. Vi ser at oppsigelsesreglene er strengere etter arbeidsmiljøloven enn etter tjenestemannsloven.

10.3 Statfjordlæren

10.3.1 Bakgrunnen

Bakgrunnen for den såkalte statfjordlæren er statfjorddommen i Rt. 1989 s. 1116 og ambulansedommen i Rt. 2006 s. 1158. Statfjordlæren er en ulovfestet lære fra tiden før fireårsregelen i aml § 14-9 femte ledd, den ble ”avsagt” på bakgrunn av dagjeldende arbeidsmiljøloven § 58 nr 7.

Statfjorddommens, eller servicearbeiderdommen som den også blir kalt sitt faktum var at det var en servicearbeider som hadde arbeidet som servicearbeider på statfjordfeltet i to og et halvt år i henhold til ulike vikaravtaler for å dekke opp diverse vikariater (primært sykefravær). Hennes tjeneste var ikke vesentlig annerledes enn skifteordningen til de andre som var fast ansatte servicearbeidere. Etter at hun ble fast ansatt, og deretter sluttet gikk hun til fastsettelsessøksmål om at hun også i perioden med vikariater også hadde vært fast ansatt. Førstvoterende uttalte at ”etter en samlet vurdering av de

⁸⁰ Se Ingeborg Moen Borgerud med flere i boken Arbeidsrett – Særlig om omstilling i offentlig sektor s. 261

konkrete forhold i denne sak, finner jeg det i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven at Synnøve Andreassen var blitt regnet som fast ansatt og gitt stillingsvern. Jeg er etter dette blitt stående ved at Synnøve Andreassen må gis medhold i at den vikarordning som bedriften praktiserte i hennes tilfelle var i strid med arbeidsmiljøloven § 58 nr 7.” Bakgrunnen for dette var at ” Synnøve Andreassens tjenesteforhold slik det er fremstilt , bærer preg av at hun fast , over lang tid har fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften.”. Hun måtte derfor være å regne som fast ansatt.

Videre av betydning for bakgrunnen for statfjordlæren har vi ambulanse dommen inntatt i Rt . 2006 s. 1158. Denne dommen ble også avsagt på bakgrunn av dagjeldende §58 A nr.1 . Faktum i dommen var at en arbeidstaker hadde inngått avtale med Akershus fylkeskommune om å være vikar /tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid i ambulansetjenesten. Høyesterett kom her til at ordningen med tilkallingsvakter slik den ble praktisert her , var i strid med aml. § 58 A nr. 1 om adgangen til midlertidig ansettelse. Bakgrunnen for dette var at han hadde fylt et jevnt og forutsigbart behov og at han hadde en tilstrekkelig fast tilknytning til ambulansetjenesten.

Dommene oppstilte at dersom man fast, varig og over tid fylte et jevnt og forutsigbart behov for vikarer og for det andre hadde en tilstrekkelig tilknytning til bedriften kunne man kreve fast ansettelse. Det er dette som er den ulovfestede statfjordlæren.

10.3.2 Behovet for statfjordlæren etter vedtakelsen av fireårsregelen

Ved vedtakelsen av fireårsregelen fikk vi jo en lovbestemt grense for adgangen til midlertidig ansettelse. Man kan stille seg spørsmålet om statfjordlæren da har mistet sin betydning.

Statfjordlæren oppstiller ikke noe krav om tidsrom. Bare at den midlertidige ansettelsen skal sies å dekke et langvarig behov. I sykehus innland dommen i Rt. 2009 s.578 uttalte Høyesterett om dette at ” Forarbeidene til fireårsregelen har ingen uttaleser som tilsier

at den ulovfestede lære skal erstattes av fireårsregelen. Læren har praktisk betydning ved siden av fireårsregelen fordi den kan gi grunnlag for fast ansettelse før fire år har gått, slik tilfellet var i statfjorddommen.” I denne dommen blir fireårsregelen og den ulovfestede statfjordlæren drøftet som to ulike selvstendige grunnlag for om vikariatet var lovlig. Man ser derfor at læren fortsatt har sin betydning.

Som fremhevet i Jakhelln og Aune , arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, note 4 angir fireårsregelen ikke mer enn den maksimale tiden for midlertidig ansettelser. I tråd med rettspraksis vil en arbeidstaker fortsatt kunne bli ansett som fast ansatt fra et tidligere tidspunkt.”⁸¹ Nemlig på bakgrunn av blant annet statfjordlæren.

Videre sier Høyesterett i sykehus innland dommen at ” Selv om fireårsregelen ikke har som formål å begrense rettigheter etter den ulovfestede lære, er det ikke noe som tilsier at læren nå bør videreutvikles.” Høyesterett virker her litt i tvil om de ønsker at statfjordlæren fortsatt skal ha betydning. Som vi ser av denne dommen som er fra ca et års tid tilbake og tre år etter vedtakelsen av fireårsregelen er den ulovfestede læren fortsatt av betydning for adgangen til midlertidige ansettelser. Om læren vil ha fortsatt like stor betydning i fremtiden er vanskelig å svare på, men siden den gir adgang til fast ansettelse tidligere og dermed er en stillingsverns fordel for arbeidstakere vil jeg anta at den fortsatt vil bli påberopt som grunnlag slik som i sykehus innland dommen

⁸¹Se note 47 på side 7

11 Virkningene av ulovlig midlertidig ansettelse

En midlertidig arbeidsavtale opphører vanligvis når det avtalte tidsrommet er utløpt eller det bestemte oppdraget er utført, med mindre noe annet er skriftlig avtalt jf § 14-9 femte ledd. Vi har overfor sett på hva som skjer dersom arbeidstaker har vært ansatt midlertidig i mer enn fire år jf. fireårsregelen i femte ledd. I de tilfeller der vilkårene for å inngå avtale om midlertidig ansettelse ikke er til stedet, foreligger et vanlig løpende arbeidsforhold, eller med andre ord en fast ansettelse. En ansatt som er ulovlig midlertidig ansatt kan gå til søksmål både under og etter ansettelsen. Arbeidstaker kan her kreve dom på at han eller hun er fast ansatt. Ved en slik tvist gjelder lovens særlige prosessregler i kapittel 17, disse vil jeg ikke gå nærmere inn på.

11.1 Dom

I aml. har vi regler om virkningene av ulovlig midlertidig ansettelse i § 14-11. Overskriften til bestemmelsen lyder ”virkninger av ulovlig midlertidig ansettelse”. Bestemmelsen i § 14-11 inneholder rettsvirkningene av at det foreligger eller har vært avtale om midlertidig tilsetting i strid med §§ 14-9 og 14-10.⁸² Bestemmelsen får anvendelse både der arbeidstakeren fortsatt er i arbeid, og der han har fratrådt sin stilling.

Bestemmelsen i § 14-11 1. ledd, første punktum lyder som følger ”dersom det foreligger brudd på bestemmelsene i §§ 14-9 eller 14-10, skal retten etter påstand fra arbeidstaker avsi dom for at det foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter”. Arbeidstaker kan få fastsettelsesdom på at arbeidsforholdet er fast og tidsubegrenset dersom det foreligger brudd på bestemmelsene om midlertidig ansettelse i § 14.9 eller reglene om åremål i § 14-10. Men for at retten skal kunne avsi en slik dom er det arbeidstaker som må påberope seg og gå til søksmål for at det enten foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet skal fortsette. Det er fastlåst i

⁸²Fougner, Jan og Holo, Lars: Arbeidsmiljøloven kommentarutgave s.673.

Rt. 1998 s. 1063 at det er arbeidstaker som har bevisbyrden for at det ikke foreligger en gyldig midlertidig tilsetting.

Bestemmelsen slår fast at rettsvirkningen av ulovlig midlertidig ansettelse er at den midlertidig ansatte kan kreve seg fast ansatt.

Det finnes en begrensning i andre punktum som sier at ”i særlige tilfeller kan retten likevel etter påstand fra arbeidsgiver, bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre dersom den etter avveining av partenes interesser finner at det vil være åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter”. Bestemmelsen gir en sikkerhetsventil der den midlertidige ansettelsen var ulovlig, men der det likevel vil være åpenbart urimelig om arbeidsforholdet fortsetter.⁸³ Det er ikke alltid at det er det beste for begge parter å fortsette et arbeidsforhold. I slike vanskelige situasjoner må arbeidsgiver kunne ha en mulighet til å slippe at arbeidstaker blir arbeidende hos han. Arbeidsgiver er i slike situasjoner nødt til å nedlegge særskilt påstand om at arbeidsforholdet skal opphøre. Domstolene foretar i slike tilfelle en vurdering hvor man ser på hvilke ulemper det vil ha for arbeidsgiver å ha arbeidstaker fortsatt arbeidende i stillingen, med andre ord en urimelighetsvurdering. I forarbeidene til den tidligere unntaksbestemmelsen er det understreket sterkt at hovedregelen er at arbeidsforholdet skal fortsette i tillegg ble det også påpekt at det ikke var nok at forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker har blitt dårlig som følge av tvisten og omstendighetene rundt rettsaken.⁸⁴ Det skal derfor en del til før man kan benytte seg av denne unntaksbestemmelsen.

11.2 Erstatning

I § 14-11 andre ledd heter det at ”ved brudd på bestemmelsene i § 14-9 og §14-10 kan arbeidstaker kreve erstatning”. Det kan kreves erstatning for økonomisk og ikke økonomisk tap (oppreisning).

⁸³ Fougner, Lars m/flere : Arbeidsmiljøloven med kommentarer s. 674.

⁸⁴ Ot.pr. nr. 41 (1975-76) s75

Videre i § 14-11 annet ledd står det at Erstatningen fastsettes i samsvar med § 15-12 andre ledd. I § 15-12 andre ledd står det at ”erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig”. Retten må her foreta en ganske skjønnsmessig vurdering hvor de må ta hensyn til de overfor nevnte momenter. Disse erstatningsreglene inneholder ikke noe krav om skyld, men arbeidsgivers skyld kan få betydning.

Et eksempel på sak hvor arbeidstaker ble tilkjent erstatning for ulovlig midlertidig ansettelse finner vi i Rt, 2005 s. 826. Der gjaldt saken et krav mot arbeidsgiver om erstatning for midlertidig ansettelse i strid med da gjeldende aml. § 58 A. arbeidstaker ble bedt om å forlate arbeidsstedet av arbeidsgiver etter å ha påpekt negative sider ved arbeidsmiljøet. Han har siden ikke hatt arbeid eller lønnsinntekt derfra. Høyesterett kom til at tilsetningsavtalen måtte likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse, slik at arbeidstaker kunne kreve erstatning etter § 58 A tredje ledd. Arbeidstakeren ble tilkjent kr.150.00 i erstatning som i sin helhet skulle gjelde økonomisk tap.

En bestemmelse slik som den vi finner i arbeidsmiljøloven § 14-11 og virkningene av ulovlig midlertidig ansettelse finner vi ikke etter tjenestemannsloven. Det kan se ut som det ikke er mulig å ansette noen ulovlig etter tjenestemannsloven. I hvert fall har de ingen lovfestet rett til verken dom eller erstatning.

Loven har et eget kapittel som omhandler tjenestens opphør med mer. Det eneste som står er når de ulike midlertidige stillingene opphører jf. tjml. § 7 nr 2. Og videre regler om avskjed, oppsigelse og straff. Dette må kunne sies å være en uheldig side ved loven. Den gir en mye større adgang til midlertidig ansettelse og et vidt spillerom når ikke en midlertidig tjenestemann har noen rettigheter i forhold til ansettelsesforholdet på denne måten.

12 Oppsummering og avslutning

Oppgavens problemstilling var å sammenligne regelen om adgangen til midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven.

Ordlyden er i de to lover ganske ulike. Dette kan sies å ha flere grunner. For det første har det en historisk følge med en tjenestemannslov fra 1983 og en ganske ny arbeidsmiljølov fra 2005. Arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse er fortsatt i endring noe vi ser fra siste endring fra juni i år. Tjenestemannsloven har på sin side vert igjennom få endringer siden den ble vedtatt i 1983. Rettspraksis kan sies å ha sin påvirkning fordi den til stadighet for opp saker om midlertidig ansettelser etter arbeidsmiljøloven og ikke etter tjenestemannsloven. Da de sakene som regel løses i arbeidsretten. Eller innad i departementet. Som en tredje påvirkningsfaktor er de ulike interesseorganisasjonene som har hatt sin innflytelse på regelverket. Dette fører til at vi står igjen med to ganske ulike bestemmelser.

Om det er nødvendig med to ulike regelsett på område må sies å være et politisk spørsmål. Veien mot et felles regelsett kan man si allerede har startet da Bondevik regjeringen før vedtakelsen av arbeidsmiljøloven i 2005 foreslo et felles regelsett. Selv om Stoltenberg regjeringen stoppet denne sammenslåingen da, er det ingen grunn til å tro at denne kampen er over. Hva skjer ved neste regjeringsskifte? Det er jo ingen grunn til å tro at dette forslaget ikke dukker opp på nytt av en annen regjering.

Det er en rekke faktorer som kan føre til at denne veien til et felles regelverk for tjenestemenn og arbeidstakere blir både kortere og lettere. Rettspraksis kan bland annet sies å gå i retning av en felles lovregulering. Selv om ordlyden er forskjellig i de to lovene tolker Høyesterett i en del tilfeller de ganske likt. Så selv om ordlyden for så vidt er ulik blir praksis etter hvert likere. Et eksempel på dette så vi overfor under del 6.1.2 hvor Høyesterett har gitt en adgang til ansettelse av ukvalifisert personell, slik som tjenestemannsloven forskrift §4 har adgang til. Vis rettspraksis forsetter i denne retning vil adgangen bli likere og likere.

En annen faktor som kan dytte reglene i retning av felles regelsett er interesseorganisasjoner. Vi har sett at Yrkesorganisasjonenes sentralforbund, Unio og Akademikerne krever at regjeringen strammer inn på de midlertidige tilsettingene i staten. Ved å stramme inn adgangen blir lovene likere slik som også LO's leder Flåthen ønsket. Dette vil det hindre staten å bli "verstinger" på midlertidig ansettelser.

Basert på historien i forarbeidene frem til nå, utvikling av ordlyd og praksis , interesseorganisasjoners kamp og den politiske debatt vil nok disse reglene en dag befinne seg i samme lov.

13 Litteraturliste

Litteratur

- Borgerud, Ingenboorg Moen m.fler : *Særlig om omstilling i offentlig sektor* .Oslo 2007
- Bjørnaraa, Torgeir : Gyldendal rettsdata :*Kommentarer til tjenestemannsloven*
- Bjørnaraa, Torgeir m.fler : *Norsk tjenestemannsrett ,kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter mv.*
- Benson,Tomas: *Arbeidsrettsboka* Bergen2008
- Eckhoff, Torstein : *Rettskildelære* 5 utg., ved Jan E. Helgensen Oslo 2001
- Fanebust, Arne : *Tjenestemannsrett* 1987
- Fougner, Jan og Holo, Lars : *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave* Oslo 2006
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 3. utg, Oslo, 2005
- Jakhelln,Henning og Aune,Helga : *Arbeidsrett.no Kommentarer til arbeidsmiljøloven.* 2 utgave Oslo 2006

Lovregister

- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven) av 7.juni nr. 62.
- 2005 Lov om universiteter og høyskoler (universitets og høyskoleloven) av 1.mars nr.15
- 1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25.september nr.107
- 1988 Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (Opplæringslova) av 17.juli nr.61
- 1988 Lov om ferie (ferieloven) av 29. april nr. 21.
- 1983 Lov om statens tjenestemenn av 4. mars nr. 3.
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar nr.4 (opphevet).
- 1975 Sjømannslov (sjømannsloven) av 30. mai nr.18.
- 1956 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 7.desember nr. 2 (opphevet).

1927 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 5. mai nr.1.

Direktiv

1999/70/EF Rådets direktiv av 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrenset ansættelse.

Forarbeider

NOU 2004:5 Arbeidslivsutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU:1992 :20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle

Ot.prp.nr.24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17.juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp.nr.50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp.nr.72 (1981-1982) Om statens tjenestemenn

Ot.prp.nr.44 (1976-1977)

Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Om arbeidstid , oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp.nr.31(1935)

Ot.prp.nr.38 (1915)

Innst.O.nr. 18 (2005-2006) Om lov om endringer i lov av 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Innst.O.nr.2 (1994-1995) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.forh.(1996-1997)

Besl.O.nr.96 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Prop.104 L (2009-2010)

Kgl.res.om arbeidsmiljølovens ikraftreden av 17 juni 2005

Forskrifter

1983 Forskrift til lov om statens tjenestemenn m.m av 11. november 1983 nr 1608.

(FOR-1983-11-11-1608)

Rettspraksis

Rt.2009 s.578 ”Sykehuset innlandet dommen”

Rt.2006 s.1158 ”Ambulansedommen”

Rt.2005 s.1395

Rt.2005 s. 826

Rt.2001 s. 1413 ”Norsk folkehjelp”

Rt.1997 s.1411

Rt.1989 s.1116 ”Statfjorddommen”

Rt. 1985 s.1141

Rt.1981 s.872

HR-2005-01692-U

Artikler

Fougner,Jan : *Praksisarbeid*, artikkel i Arbeidsrett vol 6 nr.3 2009

Andre kilder

Artikkel på www.vg.no datert 17.08.2009

Artikkel på www.vg.no ”På midlertidig kontrakter i opptil 20 år” datert 02.11.2010

Artikkel på www.aftenposten.no, : ”Krever lovendring” datert 28.09.2010

14 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>